

ما شاء الله لا قوة الا بالله

(الجزء الثامن)

من نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار
لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي
زاده أفندي قاضي عسكري روملى وهى
تكملة فتح القدير للمحقق الكمال بن
الهمام على شرح الهداية
رحمهم الله تعالى آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للإمام أكل الدين محمد بن محمود الباقري
المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى
جلبي وسعدى أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

(تنبيه) قد جعلنا الهداية والتكملة في الصلب الاول في صدر الصحيفة وبلية
الثاني مفصولا بينهم ما يجدر به كذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى جلبي
الاول في صدر الهامش وبلية الثاني فليعلم

(محل بيعه مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبى وأخيه بجوار المسجد الحسينى بمصر)

﴿ الطبعة الأولى ﴾

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سنة ١٢١٨

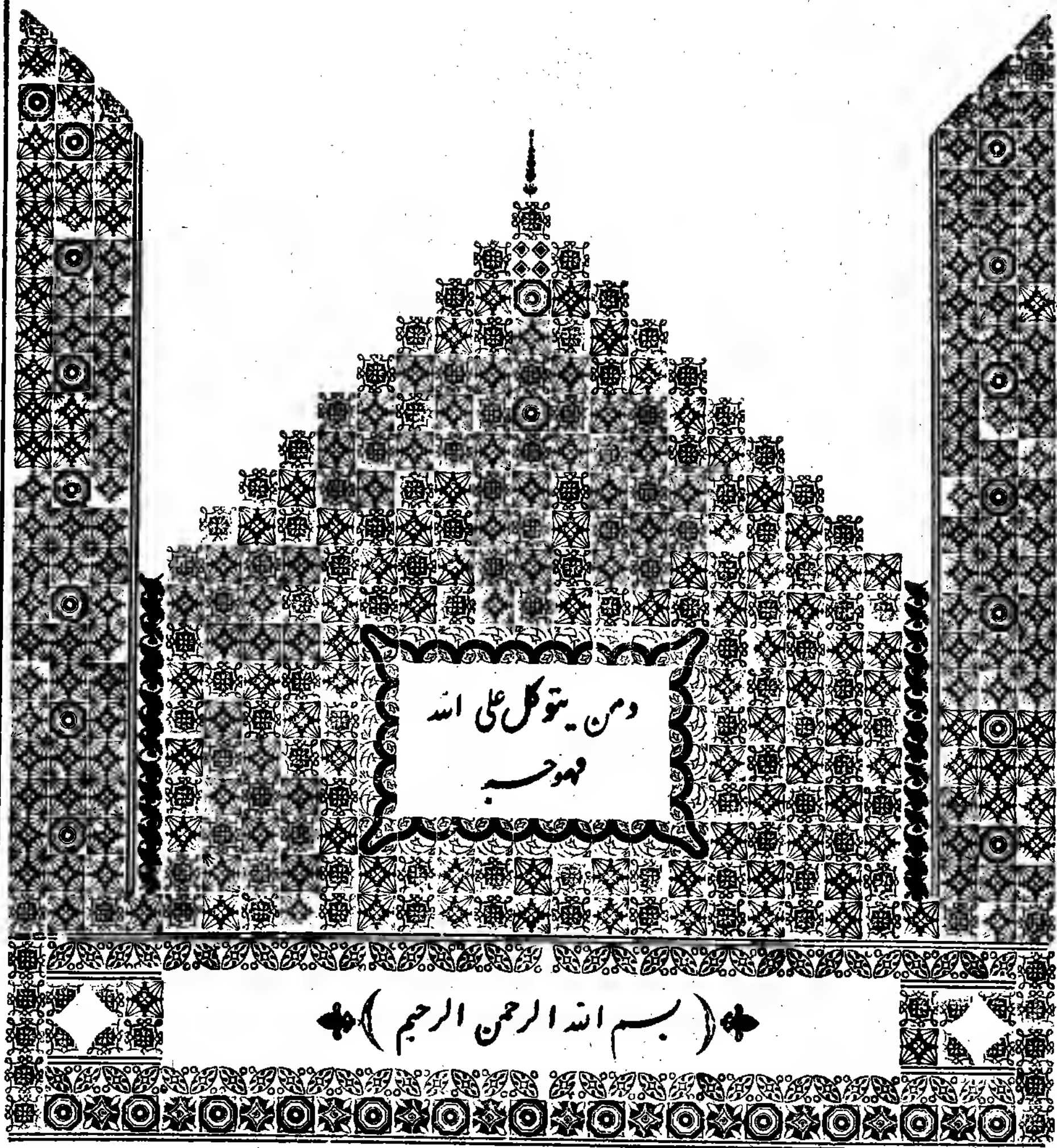
هجريه

(بالقسم الثاني)

كتاب القسمة

أورد القسمة عقيب
الشفعة لان كلامهم ما
من نتائج النصيب الشائع
فان أحد الشر يكين اذا
أراد الافتراق مع بقاء
ملكه طلب القسمة ومع
عدمه باع ووجب عنده
الشفعة وقدم الشفعة لان
بقاها ما كان على ما كان
أصل وهي في اللغة اسم
للاقسام كالقدوة للاقتداء
وفي الشريعة جمع النصيب
الشائع في مكان معين
وسبها طلب أحد الشركاء
الاتفاق بنصيبه على
الخلوص وركنها ما يحصل
به الافتراز والتمييز بين
النصيبين كالكيل في
المكسرات والوزن في
المسوزونات والذرع في
المذروعات والعقد في
المعدودات وشرطها أن
لا تفوت منفعتها بالقسمة
ولهذا لا يقسم الحائط والحمام
ونحوهما وهي مشروعة
في الاعيان المشتركة لان
النبي عليه الصلاة والسلام
بأشرها في المغام والموارث
وغير ذلك وجرى التوارث
بها من غير تكبير ثم هي
لا تعرى عن معنى المبادلة
سواء كانت في ذوات الامثال
أو في غير ذوات الامثال لان
ما يجتمع لاحدهما بعضه
كانه

كتاب القسمة



كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام بأشرها في المغام والموارث وجرى
التوارث بها من غير تكبير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كانه

كتاب القسمة

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان كلامهم من نتائج النصيب الشائع لما أن أقوى أسباب الشفعة
الشركة بأحد الشر يكين اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقاءه باع فوجب
عنده الشفعة هـ اذ ازيد ما في عامة الشروح وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد ذلك أولان القسمة
نافية للشفعة فاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت
الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة والنفي يقتضي سبق الثبوت فكانت بين الشفعة والقسمة مناسبة
المضادة والمتضادة ان يفترقا أبدا مع تقدم المبتدئ على المنقضي كما في الامر والنهي والنكاح والطلاق انتهى
أقول فيه بحث لان كون القسمة نافية للشفعة فاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله عليه الصلاة والسلام
الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة انما يتمشى على أصل الشافعي فانه لم
يجوز الشفعة بالجوار واستدل عليه بالحديث المذكور وأما على أصل أئمتنا فلا لانهم جاوزوا الشفعة
بالجوار أيضا واستدلوا عليه بأحاديث أخرى وأجابوا عن استدلاله بالحديث المذكور بان آخر الحديث

وبعضه

(قوله وقدم الشفعة الخ) أقول أو يقال قدم الشفعة لعمومها الشركة والجوار بخلاف القسمة (قوله لان بقاء
ما كان على ما كان أصل) أقول يعني الشركة وأنت خير بان في القسمة أيضا بقاء الملك

وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترى بأه فاقسماه يبيع أحدهما نصيبه من اربعة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترى بأه فاقسماه لا يبيع أحدهما نصيبه من اربعة بعد القسمة

وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ليس بنات ولا ثبت فعناء في الشفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق فان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كان الموضع موضع أن يشكّل انه هل يستحق به الشفعة كالبيع فبين عليه الصلابة والسلام عدم ثبوت الشفعة بها وقد مر الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعي بالحديث المذكور في أوائل كتاب الشفعة في عامة الشروح حتى النهاية ومعراج الدراية فبما معنى بناء وجه المناسبة به هنا على ما هو المرزف هناك ثم ان القول بأن النفي يقتضي سبق الثبوت ينافي ما تقرّر في المعتولات من أن السلب لا يقتضي وجود الموضوع وان القول بان المتضادين ينفترقان أبدا مع تقدم مثبت على المنفي ممنوع ألا ترى الى قوله تعالى وجعل الظلمات والنور وقوله تعالى خلق الموت والحياة ونحن نعد ذلك كيف تقدم المنفي هناك على مثبت قال صاحب العناية وقد دم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان أصل انتهى أقول فيه نظروا هو أنه كما أن في الشفعة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها الشيوخ على حاله وان زال ملك أحد الشريكين كذلك في القسمة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها ملك أحد الشريكين في البعض على حاله وان زال الشيوخ بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكرنا في وجه مناسبة القسمة بالشفعة من ان أحد الشريكين اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقائه باع فوجب عنده الشفعة فكون بقاء ما كان على ما كان أصلا لا يرجح تقديم الشفعة كما لا يخفى ثم ان القسمة في اللغة اسم للاقسام كالقدوة للاقتداء والاسوة للاتباع وفي الشريعة جمع النصيب الشائع في مكان معين وسببها طلب أحد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين **كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعدي في العدودات وشرطها** أن لا نفترق المنفعة بالقسمة وهذا لا يقسم الحائط والحمام وما أشبه ذلك (قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما ما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترى بأه فاقسماه لا يبيع أحدهما نصيبه من اربعة بعد القسمة) وتحقيقه أن ما يأخذه كل واحد منهما ليس بمنزلة لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما كذا في العناية أقول هنا اشكال وهو انه قد علم مما ذكرنا في الكتاب والشروح أن القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز في جميع الصور سواء كانت في ذوات الامثال أو في غير ذوات الامثال لانه ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين فما يأخذه كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم يستفده من صاحبه وبعضه الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه فكانت القسمة في كل صورة بالنظر الى البعض الذي كان ملكه افرازا بالنظر الى البعض الآخر مبادلة واذا كان الامر كذلك فكون معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كالحيوانات والعروض غير واضح اذ غاية الامر أن البعض الذي يأخذه كل واحد منهما عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه ليس بمنزلة ما ترك على صاحبه من حقه في غير ذوات الامثال فلم يكن أخذ ذلك بمنزلة أخذ عين حقه حكما فلم يتحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى ذلك البعض ولا يلزم منه أن لا يتحقق الافراز فيه بالنظر الى البعض الذي هو عين حقه في الحقيقة اذ لا شك أن أخذه هذا البعض افرازا لا ينصوريه مبادلة فقد تحقق في غير ذوات الامثال بالنظر الى ما يأخذه كل واحد منهما

وبعضه لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات فكان كل ما أخذ أحدهما من نصيبه مثل ما ترك عليه يقين فأخذ مثل الحق بيقين بمنزلة أخذ العين ألا ترى أن أخذ المثل في القرض جعل كأخذ العين فجعل القرض بذلك بمنزلة العارية فكان الافراز فيها أظهر لا عالة ولهذا كان لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترى بأه فاقسماه جازلا لاحدهما أن يبيع نصيبه من اربعة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترى بأه فاقسماه لا يبيع أحدهما نصيبه من اربعة بعد القسمة وتحقيقه أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمنزلة لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما ولما استشعر أن يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما أجبر الأبي على القسمة في ذلك

الأشياء إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى
الافراز لتقارب المقاصد

من عين حقه افراز بدون المبادلة وبالنظر الى ما يأخذه من نصيب صاحبه مبادلة بدون الافراز فكان
معنى الافراز والمبادلة فيه متساويين فن أن ثبت ظهور معنى المبادلة فيه كما ادعوه فاطبة بخلاف ما قالوا
في ذوات الامثال كالكيلات والموزونات من ظهور معنى الافراز فيها فانه واضح لان أخذ كل واحد منهما
فيها ما هو عين حقه من نصيبه افراز بلا شبهة وأخذ كل واحد منهما ما هو نصيب صاحبه بمنزلة أخذ عين
حقه لكون نصيب صاحبه فيها مثل حقه بيقين وأخذ المثل بيقين يجعل كأخذ العين حكما كافي القرض
فتحقق فيها معنى الافراز بالنظر الى البعض الآخر أيضا فكان هو الظاهر فيها والحاصل انهم لو قالوا معنى
الافراز ظاهر في ذوات الامثال وغير ظاهري في غير ذوات الامثال بل معنى الافراز والمبادلة سياتان فيه لكان
الامر هيئا ولما قالوا معنى المبادلة ظاهر في غير ذوات الامثال أشكل ذلك كما ترى وذ ك صاحب النهاية
وجهها أبسط مما ذكر في العناية اظهر معنى المبادلة في غير ذوات الامثال ناقلا عن المعنى حيث قال ومعنى
المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كلها وبه صرح في المعنى وغيره فقال في المعنى وأما القسمة في غير
ذوات الامثال فشبها المبادلة فيها راجح لانهم افراز حكم من وجه ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه
أما الحقيقة فظاهر وأما الحكم فلان نصف ما يأخذه كل واحد منهم مائل لما ترك على صاحبه باعتبار
القيمة وأخذ المثل كأخذ العين حكما فكان افرازا لأن ما يأخذ كل واحد منهم مائل لما ترك على
صاحبه بيقين لان المقسوم ليس من ذوات الامثال وفيما ليس من ذوات الامثال لا تثبت المعادلة بيقين
فالافراز مع المبادلة استويا في الحكم ثم ترجحت المبادلة بالحقيقة الى هنا كلامه أقول لا يذهب عليك
ان الاشكال الذي ذكرناه يقعه عليه مع زيادة لانه انما يبدل على تحقيق رجحان معنى المبادلة فيما يأخذه
كل واحد منهم ما من نصيب صاحبه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه لا على تحقيق رجحان ذلك
في المقسوم كله كيف وما يأخذه كل واحد منهم ما من نصيب نفسه لا يوجد فيه الافراز محض لان معنى
الافراز ان يقبض عين حقه وأخذ كل واحد منهم ما نصيب نفسه قبض عين حقه لا غير والمذموم رجحان
المبادلة في القسمة الشاملة لجميع أجزاء المقسوم في غير ذوات الامثال وهو غير لازم من الوجه المذكور
بل فيه دلالة على رجحان معنى الافراز في ذلك اذ لا شك أن أخذ كل واحد منهم ما من نصيب
نفسه افراز محض واذا كان أخذ كل واحد منهم ما نصيب صاحبه أخذ المثل لما ترك على صاحبه من حق
نفسه باعتبار القيمة وكان أخذ ذلك المثل كأخذ العين حكما فكان افرازا كما صرح به في الوجه المذكور كان
معنى الافراز في ذلك ظاهرا راجحا لتحقيقه في جميع أجزاء المقسوم وتحقيق المبادلة في بعضها كما تحققته
(قوله الا انهم اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى
الافراز لتقارب المقاصد) هذا جواب سؤال مقدر يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوان
والعروض بان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في ذلك لما أجبر الابي على القسمة في غير ذوات
الامثال كذا في عامة الشروح أقول ههنا أيضا اشكال وهو انه ان أرد بقوله لان فيه معنى الافراز أن فيه
معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي يأخذه أحد الشركاء عين حقه فلا يجدي تنقيح دفع السؤال اذ
يبقى الكلام - فيثبت في الاجبار على أخذ النصيب الآخر الذي يتحقق معنى المبادلة بالنظر اليه ويظهر على
ما قالوا وان أرد بذلك أن فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي كان لصاحبه ويأخذه عوضا عما
ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو الملائم لقوله لتقارب المقاصد فذلك ينافي ما تقدم من القول بان
معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال اذ لا شك في تحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى النصيب الذي
يأخذه أحد الشركاء عين حقه واذا تحقق فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الآخر أيضا كان معنى

أجاب بقوله الا انهم اذا كانت
من جنس واحد أجبر
القاضي على القسمة عند
طلب أحد الشركاء لان
فيه معنى الافراز لتقارب
المقاصد ولا منافاة بين
الجزر

والمبادلة مما يجري فيه الجبر كافي قضاء الدين وهذا لان احدهم يطلب القسمة بسأل القاضى أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضى اجابته وان كانت أجناسا مختلفة لا يجبر القاضى على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار خش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال (وينبغي للقاضى أن ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر) لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبهه رزق القاضى ولان منفعة نصب القاسم نعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم قال (فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر) معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ويقدر أجر مثله كي لا يتحكم بالزيادة والافضل أن يرزقه من بيت المال لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة

الافراز فيه ظاهر جدا فاني تصور القول بان معنى المبادلة هو الظاهر فيه فتأمل ثم أقول لو قال المصنف لان فيه امكان المعادلة بدل قوله لان فيه معنى الافراز لكان سائلا عن هذا الاشكال وكان مناسبا للاحالة لقوله لتعذر المعادلة في تامل عدم الاجبار على القسمة فيما اذا كانت أجناسا مختلفة كما سيأتى تبصرة تف (قوله والمبادلة مما يجري فيه الجبر كافي قضاء الدين) يعني انه لا منافاة بين الجبر والمبادلة لانها يجري فيه الجبر كافي قضاء الدين فان المديون يجبر على قضاء الدين والدون تقضى بامثالها على ما عرف فصار ما يؤدى المديون بدلا عما في ذمته أقول لقائل أن يقول جريان الجبر في قضاء الدين لكون ما أخذ الدائن من البدل مثل ما ثبت في ذمة المديون بهقين وقد صرحوا بان أخذ مثل الحق بيقين بمنزلة أخذ العين وعن هذا جعلوا أخذ المثل في القرض كأخذ العين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية بخلاف ما نحن فيه من غير ذوات الامثال فان ما يأخذه أحد النسر كاه فيه من نصيب الآخر ليس مثل ما تركه عليه من حق نفسه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ عين الحق وعن هذا قالوا ان معنى المبادلة فيه هو الظاهر في ذلك نشأ السؤال المقدور واحتج الى الجواب الذي نحن بصدده فكيف يتم قياس جريان الجبر فيما نحن فيه على جريانه في قضاء الدين مع تحقق الفرق الواضح بينهما (قوله ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضى في التجارة شرط بالنص انتهى أقول هذا الشرع غير مطابق للشروح وليس يتام في نفسه لانه ان أراد أن القسمة في مختلف الجنس مبادلة محضة كالتجارة فهو ممنوع كيف وقد نقرر فيما مر أن القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز الا أن معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غيرها وان أراد أن المبادلة في قسمة مختلف الجنس هي الظاهرة فهو مسلم لكن الامر كذلك في قسمة غير مختلف الجنس من غير ذوات الامثال مع أن التراضى ليس بشرط فيها على أن كون التراضى شرطا في التجارة بالنص لا يدل على كون ذلك شرطا في قسمة مختلف الجنس أيضا لان قسمته ليست في معنى التجارة من كل الوجوه اذ القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى الافراز البتة بخلاف التجارة فكيف تلحق احدهما بالآخرى والحق عندي أن معنى كلام المصنف هنا هو أنهم لو تراضوا عليها جاز لان الحق لهؤلاء دون غيرهم وعدم الجبر على قسمة مختلف الاجناس لخوف أن يبقى حق أحدهم على الآخر لتعذر المعادلة باعتبار خش التفاوت في المقاصد واذا تراضوا على ذلك فقد أسقط كل واحد منهم حقه الباقي على الآخر فصحت القسمة بلا ريب انظر الى هذا المعنى الوجيه الواضح هل يشبه بما ذكره ذلك الشارح (قوله معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص) أقول قوله لان النفع لهم على الخصوص ينافي بحسب الظاهر قوله فيما مر أنفا ولان منفعة نصب القاسم نعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم فتأمل في التوفيق

فصار ما يؤدى بدلا عما في ذمته وهذا جبر في المبادلة قصدا وقد جاز فلان يجوز بلا قصد اليه أولى وهذا لان أحدهم يطلب القسمة بسأل القاضى أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضى اجابته فكان القصد الى الانتفاع بنصيبه على الخلو دون الاجبار على غيره وان كانت من أجناس مختلفة كالابل والبقر والغنم لا يجبر القاضى الا على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار خش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضى في التجارة شرط بالنص قال (وينبغي للقاضى أن ينصب قاسما) كلامه واضح الا ما تنبيه عليه (قوله لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) لانه متى وصل اليه أجر عمله على كل حال لا يميل بأخذ الرشوة الى البعض

(قال المصنف لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) أقول لعل المراد التهمة الأخذ على ما هو من جنس القضاء أجرا (قوله لانه متى وصل اليه أجر عمله على كل حال الخ) أقول فيه بحث (قوله لا يميل بأخذ الرشوة) أقول أى لا يميل لفقره

و يجوز للقاضي أن يقسم بنفسه و يأخذ على ذلك من المتقاهين أجزالكن الأولى أن لا يأخذ وهذا لأن القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وإنما الذي يفترض عليه جبر الآتي على القسمة إلا أن لها شياً بالقضاء من حيث أنها تستفاد بولاية القضاء فإن الاجنبي لا يقدر على الجبر فمن حيث أنها ليست بقضاء جازاً أخذ الاجر عليها ومن حيث أنها تشبه القضاء يستحب أن لا يأخذ وقوله (عدلاً أمونا) ذكر الأمانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة (قوله ولو اصطلموا فاقسموا) يعني لم يرفعوا الأمر إلى الحاكم بل اقتسموا بأنفسهم باصطلاحهم فهو جائز لما أن في القسمة معنى المعاوضة فتثبت بالتراضي كما في سائر المعاضات وقوله (كأجرة الكيل والوزان وحفر البئر المشتركة) يعني إذا استأجروا الكيل ليفعل الكيل فيما هو مشترك ترك بينهم (٦) فالأجرة على قدر الانصباء وكذلك الوزن والحافر (وقوله إن الاجر

مقابل بالتميز ولأنه لا يتفاوت) تحقيقه أن القاسم لا يستحق الاجر بالمساحة ومذا الطناب والمشي على الحدود ولأنه لو استعان في ذلك بآرباب الملك استوجب كمال الاجر اذا قسم بنفسه فدل على أن الأجرة في مقابلة القسمة ورجعاً يصعب الحساب بالنظر إلى القليل لأن الحساب يدق بتفاوت الانصباء ويزداد دقة بقلة الانصباء فلعل تميز نصيب صاحب القليل أشق ويجوز أن يعسر عليه تميز نصيب صاحب الكثير ككسور وقعت فيه فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة فيتعلم الحكم بأصل التميز بخلاف حفر البئر لأن الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت وقوله (وإن لم يكن للقسمة) بأن اشترى مكبلاً أو موزوناً وأمر الناس أن يكيله ليصير الكل معلوم القدر (فالأجر

ويجب أن يكون عدلاً أمونا عالمياً بالقسمة) لأنه من جنس عمل القضاء ولأنه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالأمانة (ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد) معناه لا يجبرهم على أن يستأجروه لأنه لا جبر على العقود ولأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله (ولو اصطلموا فاقسموا جازاً إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضي) لأنه لا ولاية لهم عليه (ولا يترك القسم يشتركون) كي لا تصير الأجرة غالية بنوا كلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الاجر قال (وأجرة القسمة على عدد الرؤس عند أبي حنيفة وقال على قدر الانصباء) لأنه مؤنة الملك فيتعذر بقدرة كاجرة الكيل والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولا يبي خيفة أن الاجر مقابل بالتميز وأنه لا يتفاوت ورجعاً يصعب الحساب بالنظر إلى القليل وقد انعكس الأمر فيتعذر اعتباره فيتعلم الحكم بأصل التميز بخلاف حفر البئر لأن الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزان إن كان للقسمة قل هو على الخلاف وإن لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع

(قوله ويجب أن يكون عدلاً أمونا عالمياً بالقسمة) قال تاج الشريعة ذكر الأمانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة انتهى واقتنى أثره صاحب الكفاية ثم صاحب العناية ورده هذا التوجيه بعض العلماء في حاشيته على شرح الوقاية فإن صاحب الوقاية لما اكتفى بقوله ويجب كونه عدلاً عالمياً قال ذلك البعض لم يقبل عدلاً أمونا عالمياً كما وقع في الهداية لأن الأمانة من لوازم العدالة وقال والتوجيه بجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة كما وقع في الكفاية ليس بتمام لأن ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى اه أقول المذكور في الهداية نفس العدالة لا ظهورها فاستلزام ظهورها ظهور الأمانة لا يقتضي استدراك ذكر الأمانة المراد بها ظهورها فإن قلت فلم لا يجوز أن يراد بالعدالة ظهورها كما أريد في الأمانة حتى يستغنى بذكر العدالة عن ذكر الأمانة بالكلية قلت ارادة ظهور العدالة من لفظ العدالة خلاف الظاهر لأنهم من لفظها وحده بدون القرينة وأما اراد ظهور الأمانة من لفظ الأمانة الواقعة في الكتاب فيقرينة تقدم ذكر العدالة المستلزمة لنفس الأمانة نعم لو قال في الكتاب ابتداء ظاهراً العدالة بدل قوله عدلاً لحصل الغنى عن ذكر الأمانة لكن مراد هؤلاء السراح توجيه العبارة الواقعة في الكتاب لأنني محال فائدة المعنى المقصود ههنا

بقدر الانصباء وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) يعني لو أطلق أبو حنيفة رحمه الله في الجواب وقال أجرة الكيل بقدر عمله سواء كان الكيل للقسمة أو لا فالعذر في ذلك هو التفاوت لأن عمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر فكان أصعب والاجر بقدر العمل بخلاف القسم فإنه قد يعكس كما تقدم وقوله (ولا يفصل) تأكيدياً وقوله (وعنه) أي عن أبي حنيفة (إن الاجر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع)

(قال المصنف والكيل والوزن إن كان للقسمة فهو على الخلاف) أقول وهذا هو المناسب لتعليق الحكم بأصل التميز (قال المصنف وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) أقول والاطلاق غير مناسب لتعليق المذكور لأن يقال الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الأنواع المصنوعة والوزن والكيل كذلك فليتنامل ولكن يمكن جعل التميز حكمه كما لا يخفى

قال (واذا حضر الشركاء عند القاضي الخ) اذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم مال وطلبوا قسمته فاما أن يكون عقارا أو غيره فان كان عقارا فاما أن ادعوا أنهم ورثوه أو اشتروه أو سكتوا عن كيفية الانتقال اليهم فان كان الاول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته عند أي حنيفة رجه الله (وقالا يقسمه باعترافهم) وان كان الثاني قسمه بينهم بالاتفاق وان كان الثالث قسمه بينهم على ما ذكره وان كان غير عقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا لهما أن الامتناع عن القسمة اما أن يكون لشبهة في الملك أو لتهمة في دعواه أو لما نزاع للمدعي في دعواه ولا شيء من ذلك بمحقق لان البعد دليل الملك والافرار أمانة الصدق والفرض عدم المنازع في قسمه بينهم كفاي المنقول الموروث والعقار المشتري وطالب البينة ليس بال لازم لانها لا تكون الا على منكر ولا منكره هنا فلا تنفيذ الا أنه يدكر في كتاب القسمة أي في الصلح الذي يكتبه القاضي انه قسمه باعترافهم (٧) ان لا يكون حكمه متعديا الى غيرهم ولا ي

حنيفة ان القسمة قضاء على الميت اذا تركه قبل القسمة بمقاة على ملكه حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصياه فيها وتقتضى دينه منها وعن هذا قالوا اذا أوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيها بقدر الثلث كانه أوصى بهما بخلاف ما بعد القسمة فان الزيادة للموصي له فدل أن التركة بمقاة على ملك الميت فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهي اما اقرار الورثة أو بينتهم واقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة وقوله وهو مفيد جواب عن قوله ما فلا يفيد ذلك لان بعض الورثة ينتصب خصما بأن يجعل أحد الحاضرين مدعى أو لا مدعى عليه فان قيل كل من مامقر بدعوى صاحبه والمقر لا يصلح خصما للمدعي

قال (واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة وادعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحبها يقسمها باعترافهم ويدكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم) وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسمه بينهم) لهما أن البعد دليل الملك والافرار أمانة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كفاي المنقول الموروث والعقار المشتري وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا أنه يدكر في كتاب القسمة أنه قسمها باقرارهم ليقصر عليهم ولا يتعدى داهم وله أن القسمة قضاء على الميت اذا تركه بمقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة قبلها تنفذ وصياه فيها وتقتضى دينه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالافرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمنع ذلك باقراره كفاي الوارث أو الوصي المقر بالدين

بعبارة أخصر مما وقع في الكتاب (قوله وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمنع ذلك باقراره كفاي الوارث أو الوصي المقر بالدين فانه تقبل البينة عليه مع اقراره) قال بعض الفضلاء وأنت خير بأنه لا أولوية لاحد الورثة بأن يكون مدعى أو لا مدعى عليه فكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه اتعين المدعي والمدعى عليه هناك وجوابه ظاهر فان القاضي اذا قال لا أقسم حتى تقيموا البينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعى ليحصل مقصودهم الى هنا كلامه أقول لا استشكله شيء ولا جوابه اما الاول فلان للقاضي ولاية التعيين في أمثال هذا المقام فحصل المقصودهم فترفع الجهة بتعيينه وعن هذا قال في الذخيرة في بيان هذه المسئلة قال القاضي يسمع البينة ويقسم الدار ويجعل أحد الحاضرين مدعى أو لا مدعى عليه على أن لكل واحد من الورثة الحاضرين صلحا لان يكون مدعى في دعوى حق نفسه على الآخر مدعى عليه في دعوى الآخر حقه عليه فكل منهم يصير مدعى أو مدعى عليه من حيثين مختلفين ونظير ذلك أكثر من أن يحصى في مسائل الفقه فلا تنوهم الجهة حينئذ أصلا وأما الثاني فلان مقتضاه أن يتوقف استماع القاضي البينة وقسمة الدار بينهم على جعلهم أحدهم على التعيين مدعى ولم يسمع ذلك من أحد ولم يرفى شيء من الكتب فانهم ان لم يعلموا معنى المدعى والمدعى عليه أصلا فلا عن أن يعلموا مثل هذه الدقة المعبرة في هذه المسئلة من انتصاب الورثة خصما عن المورث يقسم القاضي الدار بينهم بالاجماع بعد أن أقاموا

عليه أجاب بقوله ولا يمنع ذلك أي كونه خصما بسبب اقراره بطوا اجتماع الاقرار مع كونه خصما كفاي الوارث أو الوصي المقر بالدين

(قوله وعن هذا قالوا اذا أوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة الخ) أقول ستجي المسئلة في كتاب الوصية (قوله فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة) أقول يعني لا بد للقضاء من حجة (قال المصنف فالأقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة) أقول لا يلزم من هذا الدليل وجوب إقامة البينة على عدد الورثة فتأمل (قال المصنف وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث) أقول وأنت خير بأنه لا أولوية لاحد الورثة بأن يكون مدعى أو لا مدعى عليه فكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه اتعين المدعي والمدعى عليه هناك وجوابه ظاهر فان القاضي اذا قال لا أقسم حتى يقيموا البينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعى ليحصل مقصودهم

فانه انما يخفى عليهما بالبينة بدون الميث وان كانا مقرين بها وهذا لان المدعى يحتاج الى اثبات الدين في حقهم وحق غيرهم لانه ربما يكون للميت غير يدينه ظاهر ودين المقر له باقرار الورثة لا يظهر في حقه فبحسب الحاجة الى اقامة البينة ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة ولا يثبت ذلك الا بالبينة (قوله بخلاف المنقول) جواب عن قوله ما كافي المنقول الموروث وهو على وجهين أحدهما قوله لان في القسمة نظرا الخ (٨) والثاني أن المنقول مضمون على من وقع في يده بعد القسمة

وفي القسمة جعله مضمونا وفي ذلك نظر للميت بخلاف العقار عند أبي حنيفة وجهه الله فانه لا يصير مضمونا على من وقع في يده عنده (وبخلاف المشتري) جواب عن قولهما والعقار المشتري على ظاهر الرواية فقد روي عن أبي حنيفة في غير الاصول أن القاضي لا يقسمه بينهم وسوى بين الشراء والميراث وجهه الظاهر ما ذكره في الكتاب أن المبيع بعد العقد لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير (قوله وان ادعوا الملك) هذا هو القسم الثالث الموعود ومعناه ظاهر قال المصنف رحمه الله (هذه) يعني القسمة فيما بينهم من غير اقامة البينة (رواية كتاب القسمة) وأعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد أنه لا يقسم حتى يقبض البينة على الملك لاحتمال أن يكون ما في أيديهم مملوكا لغيرهما فانهما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون

فانه يقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ أما العقار فمحض بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشتري لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير قال (وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم) لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما أقرروا بالملك لغيرهم قال رضي الله عنه هذه رواية كتاب القسمة (وفي الجامع الصغير أرض ادعاهما رجلان وأقاما البينة أنهما في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقبض البينة أنهما) لاحتمال أن يكون لغيرهما ثم قيل هو قول أبي حنيفة

البينة على موت المورث وعدد الورثة كما هو المفهوم من كتب النسخ بأسرها (قوله وفي الجامع الصغير أرض ادعاهما رجلان وأقاما البينة أنهما في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقبض البينة أنهما) لاحتمال أن تكون لغيرهما قال في العناية أعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد انه لا يقسم حتى يقبض البينة على الملك لاحتمال أن يكون ما في أيديهم مملوكا لغيرهما فانهم ما لم يذكروا السبب احتمل أن يكون ميراثا فيكون ملكا لغيرهم وأن يكون مشتري فيكون ملكا لهما لان الأصل أن تكون الاملاك في يدهما لهما فلا يقسم احتياطا انتهى أقول لا يخفى على ذي فطنة سليمة ان قوله لان الأصل أن تكون الاملاك في يدهما لهما غير مفيد هنا بل هو محمل بالمقام لان ذلك الأصل أعني كون الاملاك في يدهما لهما يرجح كون ما في أيديهم مملوكا لهما ما ينبغي أن يقسم بدون اقامة البينة مع أن جواب مسألة الجامع الصغير أن لا يقسم بدونها كما ترى فالصواب أن يترك تلك المقدمة في تعليل مسألة الجامع الصغير وانما يحتاج اليها في بيان وجه رواية كتاب القسمة كما مر من قبل واعترض بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فانهم ما لم يذكروا السبب احتمل أن يكون ميراثا نال آخر حيث قال فيه بحث بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما الا ارضا ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما تعرضا له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فان في الاولى ادعوا الملك انتهى أقول يمكن دفع ذلك بأنه ان أراد أن المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما أصلا لا غير فهو ممنوع وقوله كيف ولو كان ملكا لهما تعرضا له غير تام فان عدم التعرض لشيء لا ينافي احتماله في الواقع وانما ينافي تقريره وتعيينه كيف ولو لم يكن للملك لهما احتمال أصلا لما جاز استماع البينة وان أراد أن ذلك أيضا محتمل هنا فهو مسلم لكن لا يضر ذلك بصحة التعليل الذي ذكره صاحب العناية لان مجرد احتمال أن يكون ميراثا وأن يكون مشتري يكفي في أن لا يقسم بدون البينة احتياطا ثم ان هذا كله على تقدير استمدار القول صاحب العناية لان الأصل أن تكون الاملاك في يدهما لهما لاختلافه بالفرق بين الروايتين كما بينا عليه آنفا وأما على تقدير اعتباره في تعليل رواية الجامع الصغير كما فعله صاحب العناية فيسقط جدا ما ذكره ذلك القائل من احتمال أن لا يكون ملكا لهما أصلا لانه لا يثبت أيديهم ما عني أن ما فيهما ملك لهما ويكون سبب عدم تعرضهما لكونه ملكا لهما هو الاعتماد على دلالته ذلك

ميراثا فيكون ملكا لغيرهم وأن يكون مشتري فيكون ملكا لهما لان الأصل أن تكون الاملاك في يدهما لهما فلا تقسم احتياطا قيل هذا قول أبي حنيفة خاصة وعندهما تقسم بينهما لان ما يقسمان في الميراث بلا بينة ففي هذا أولى

(قوله فانهم ما لم يذكروا السبب احتمل أن يكون ميراثا) أقول فيه بحث بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما الا ارضا ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما تعرضا له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فان في الاولى ادعوا الملك (قوله فيكون ملكا لغيرهم) أقول يعني للميت

وقيل قول الكل وهو الاصح لان القسمة نوعان قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة لحق الادار لاجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وتفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدون البيعة فامتنع الجواز قال (وان حضر وارثان واقاما البيعة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضر بن

(٩)

وينصب للغائب وكبلا يقبض نصيبه) قيل قوله في أيديهم ومعهم وارث غائب وقع سهوا من الناسخ والصحيح في أيديهما لانها لو كانت في أيديهم لكان البعض في يد الغائب ضرورة وقد ذكر بعد هذا في الكتاب وان كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم وأجيب بأنه أطلق في الجمع وأراد المثنى بقرينة قوله وارثان واقاما لكنه ملتبس (وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظر للغائب والصبي) لظهور نصيبه ما بما في يد الغير (ولا بد من اقامة البيعة في هذه الصورة) يعني فيما اذا كان معهم ما صبي (عند أي حنيفة رحمه الله) كما اذا كان معهما غائب (خلافا لهما كما ذكرنا من قبل) يريد به قوله لم يقسمها القاضي عند أي حنيفة حتى يقيموا البيعة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) وان

وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال (واذا حضر وارثان واقاما البيعة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضر بن وينصب وكبلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه) لان فيه نظر للغائب والصغير ولا بد من اقامة البيعة في هذه الصورة عنده أيضا خلافا لهما كما ذكرنا من قبل (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث أو باع ويصير مغرورا بشراء المورث فان نصب أحدهما خصما عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ وهذا لا يرد بالعيب على بائع بائع فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق (وان كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يده مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير)

عليه فتدبر (قوله وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز) يعني أن القسمة نوعان قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة لحق الادار لاجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وتفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدون البيعة فامتنع الجواز كذا في العناية أقول لقائل أن يقول ان هذا التقرير يقتضي أن لا تجوز القسمة بدون البيعة على قول الكل فيما اذا ادعوا الشراء أيضا في العقار مع أنه قد سبق انه تجوز القسمة فيه بدون البيعة بالاتفاق ويقتضي ايضا أن لا تجوز القسمة بدون البيعة عند أبي يوسف ومحمد أيضا فيما اذا ادعوا الارث في العقار مع أنه قد سبق أيضا أنهم ما يقولون بجوازها فيه بمجرد اعترافهم ثم أقول يجوز أن لا يكون مراد المصنف رحمه الله بقوله ولا ملك ما حمل عليه صاحب العناية من انه لا ملك بدون البيعة لا تنقاضه بصورة ادعائهم الشراء على قول الكل وبصورة ادعائهم الارث أيضا على قواهما كما ثبت عليه آنفا بل يحتمل أن يكون مراده بذلك أنه لا ملك في دعواهما أي لم يدعي الملك ولم يتعرضا له أصلا في رواية الجامع الصغير بل انما ادعيا انهم في أيديهم ما واقاما البيعة عليه بخلاف ما مر من رواية كتاب القسمة فانهم ادعوا انهم سبب الملك من الارث والشراء ويؤيد هذا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال قيل انما اختلف الجواب لاختلاف الوضع فوضع كتاب القسمة فيما اذا ادعيا الملك ابتداء وموضوع الجامع الصغير فيما اذا ادعيا الابداء وبيانه أنهم لما ادعيا الملك ابتداء والابداء ثابتة ومن في يدهم شيء يقبل قوله انه ملكه ما لم ينزعه غيره اذا اصل أن الاملاك في يد الملاك فيعتبر هذا الظاهر وان احتمل أن يكون ملك الغير لانه احتمال بلا دليل فيقسم بينهما بناء على الظاهر أما اذا ادعيا الابداء وعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهما الى بيانه فلا يقبل قولهم ما لانهما طلبا القسمة من القاضي والقسمة في العقار لا تكون الا بالملك فلما استكتوا عنه دل على أن الملك ليس لهما فقتل كذلك الاحتمال السابق فلا يقبل قولهم بعد ذلك الا باقامة البيعة ليزول هذا الاحتمال وهذا معنى قوله لاحتمال أن يكون غيره ما الى

(٣ - تكله ثامن) أقاموا البيعة على الشراء وذكر الفرق بينهما وهو واضح (قوله ويصير مغرورا بشراء المورث)

صورته اشترى المورث جارية ومات واستولى عليها الوارث ثم استحققت يكون الولد حرا بالقيمة ويرجع الوارث بها على البائع كالمورث

(قوله ولا ملك بدون البيعة فامتنع الجواز) أقول هما يقولان الابداء دليل الملك فلا شبهة في الملك كما تقدم وجوابه أن الابداء لا تصلح للاستحقاق بل للدفع تأمل (قوله لكنه ملتبس) أقول لكان الورثة قبله

(وقوله ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها) يعني فيما إذا كان العقار في يد الميراث الغائب أو شيء منه (كما أطلق في الكتاب) يعني قوله لم يقسم من غير أن يذكر إقامة البينة وقوله (هو الصحيح) اخترازا عما ذكر في المبسوط وإن كان شيء من العقار في يد الصغير أو الغائب لم أقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البينة على أصل الميراث لأن في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة لأنه لا بد من حضور خصمين لأن الواحد لا يصلح محصما ومخاصما) فال حاضر إن كان خصما عن نفسه فليس ثمة خصم عن الميت وعن الغائب وإن كان خصما عنهم ما فائمة من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة بذلك بخلاف ما إذا كان الحاضراثنين والباقي ظاهر

فصل فيما يقسم وما لا يقسم (١٠) لما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم وما لا يقسم بينهما

لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهم وما أو أمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير الخصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب قال (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة) لأنه لا بد من حضور خصمين لأن الواحد لا يصلح محصما ومخاصما وكذا انقسام الموقوفين بخلاف ما إذا كان الحاضراثنين على ما بينا (ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم إذا أقيمت البينة وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلب القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه) لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصى عن الصبي كانه حاضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم (١١) قال (وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم) لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل (وإن كان ينتفع أحدهم ويستنصر به الآخر لقلته نصيبه فإن طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم) لأن الأول ينتفع به فيعتبر طلبه والثاني تمتعت في طلبه فلم يعتبر ذكر الحصص على قلب هذا لأن صاحب الكثير يريد الأضرار بغيره والآخر يرضى بضر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه

فقال (وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه الخ) إذا طلب أحد الشركاء القسمة فاما أن ينتفع كل بنصيبه أو بعضهم أولا ينتفع منهم أحد فان كان الأول قسم القاضي بطلب أحدهم جبرا على من أبي (لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه) يريد به قوله إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الافرازات تفاوت المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين إلى آخره وإن كان الثاني فإن طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق في الكتاب وذكر الحصص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل

هنا كلامه فتبصر (قوله لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهم) يعني أن في هذه القسمة قضاء على الغائب أو الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده من غير خصم حاضر عنهما كذا التقرير في الكافي والمبسوط أقول في هذا التعليل شيء وهو أنه انما يتم إذا كان العقار كله في يد الغائب أو الصغير أو كان منه شيء زائد قدره على حصة الغائب أو الصغير من الميراث في يد أحدهما وأما فيما إذا كان في يد أحدهما من العقار شيء يساوي قدره حصة ذلك من الميراث أو يصير أقل منها فلا يتم فيها ذلك التعليل إذ لا يلزم فيه القضاء على الغائب أو الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده بل يلزم إقامه ما كان في يده على يده في صورة النساوي وزيادة شيء عليه مما في يد الحاضرين في صورة النقصان ويحتمل أن يكون هذا هو السر في عدم وقوع ذكر أو شيء منه في وضع المسئلة في مختصر القدوري فإن هذا القيد في وضعها من زيادة صاحب الهداية كما نص عليه في غاية البيان فتأمل

فصل فيما يقسم وما لا يقسم (١٢) لما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيانها

والاصح القسمة وبأي صاحب الكثير ووجهه ظاهر (وذكر الحاكم في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه) لأن دليل القول الأول دليل أحد الجانبين ودليل قول الحصص دليل الجانب الآخر

(قوله يعني فيما إذا كان معهما) أقول تفسيرا لقوله أيضا (قال المصنف فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق) أقول وفي صورة الارث يقوم الآخر مقام الميت ويثبت حق الغائب على طريق التبع

فصل (١٣) فيما يقسم وما لا يقسم (قوله وذكر الحصص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة الخ) أقول في عبارته مسامحة والظاهر أن يقول وهو أن يقسم بطلب صاحب القليل وأباه صاحب الكثير ولا يقسم بطلب صاحب الكثير وأباه صاحب القليل

(والاصح هو المذكور في الكتاب) أي القدوري (وهو الاول) لان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملزم طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعة وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل (وان كان) الثالث بان كان المشترك بينهما ابنا صغيرا (يستنصر) كل منهما بالقسمة وطلب أحدهما القسمة (لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها وتجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنيهما أما القاضي فيعتمد الظاهر ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) كالتياب مثلا يعني به يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف (لان عند اتحادهما يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنس بين بعضهما في بعض لعدم الاختلاط بين الجنس بين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسيلها التراضي دون جبر القاضي) وقوله (ويقسم القاضي كل مكيل وموزون الخ) ظاهر وقوله (ولا يقسم شاة وبعيرا) يعني لا يقسم جبرا في هذه الاشياء قسمة جمع بان يجمع نصيب أحدهما الورثة في الشاة خاصة ونصيب الآخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون منها وكذلك في البعير وغيره والاواني المتخذة

(١١)

والطشت المتخذة من صفر ملحقه بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبرا وكذلك الاثواب المتخذة من القطن أو الكتان اذا اختلفت بالصنعة كالقباء والجبة والقميص (ويقسم الثياب الهروية لا اتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر) بسبب القطع لان فيه اطلاق جزء فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركا فان رضيا بذلك قسمة بينهما (ولا توين اذا اختلفت قيمتهما ما بينا) يعني ما تقدم من قوله بل تقع معاوضة وسيلها التراضي ووجه المعاوضة أن التعديل بينهما لا يمكن الا بزيادة دراهم مع الاوكس

والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول (وان كان كل واحد منهما يستنصر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما) لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها وتجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنيهما أما القاضي فيعتمد الظاهر قال (ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة (ولا يقسم الجنس بين بعضهما في بعض) لانه لا اختلاط بين الجنس بين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسيلها التراضي دون جبر القاضي (ويقسم كل مكيل وموزون كثير أو قليل والمعدود والمنقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقرة والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الاواني) لانها باختلاف الصنعة اتحدت بالاجناس المختلفة (ويقسم الثياب الهروية) لا اتحاد الصنف (ولا يقسم ثوبا واحدا) لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع (ولا توين اذا اختلفت قيمتهما) لما بينا بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بنو بين أو ثوب ورابع ثوب بنو ب وثلاثة أرباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز

في فصل على حدة (قوله والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول) لان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملزم طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب القليل كذا في العناية ومعراج الدراية وهو المذكور في الذخيرة وزاد عليه في النهاية والكفاية أن يقال ألا ترى أن كل واحد منهما اذا كان لا يتنفع بنصيبه بعد القسمة وطلب جميعا القسمة لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا يتنفع بنصيبه بعد القسمة انتهى أقول هذه الزيادة تخالف ما سبق في الكتاب بقوله وان كان كل واحد منهما يستنصر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما فانه يدل على أن القاضي يقسمها عند تراضي الشريكين وطلبهما القسمة وقد صرح به المصنف هناك حيث قال ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنيهما أما القاضي فيعتمد الظاهر انتهى ثم انك لو تأملت حق التأمل وجدت نوعا من التدافع بين أصل ما ذكرنا في وجه أصح المذكور في الكتاب أولا وبين

والدراهم تكن مشتركة فترد عليها القسمة فكان معاوضة (بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بنو بين) يعني اذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين وأراد أحدهما القسمة وأبى الآخر يقسم القاضي بينهما ويعطى أحدهما ثوبا والاخر ثوبين (وكذا ان استقام أن يجعل ثوب أحد القسمين ثوبا ورابع ثوب والاخر ثوبا وثلاثة أرباع ثوب) فانه يقسم بينهما ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه (لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز) لانه يسر عليه التمييز في بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركا فكذلك في البعض ومائة معاوضة تحتاج الى التراضي

(قال المصنف لم يقسمها الا بتراضيهما) أقول يخالف لما في شرح الكنتز الزيلعي (قوله ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) كالتياب مثلا يعني به يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف لان عند اتحاد الخ) أقول قوله لان في حق التراضي الخ تعديله قوله يعني به يجبر الخ وقوله لان عند اتحاد الخ تعليل لقوله ويقسم العروض الخ

(وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتيهما) الرقيق إذا كان بين اثنين وطلب أحدهما القسمة فلا يخفى لو أمان أن يكون الرقيق مع شيء آخر يصح فيه القسمة جبراً كالغنم والثيران ولا يكون فإن كان فالأصح القسمة في قولهم جميعاً على الظاهر أما عندهما فظاهر وأما عند أبي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق أصلاً في القسمة جبراً ويجعل الرقيق تابعاً له في القسمة وقد ثبت الحكم لشيء تبعاً وإن لم يثبت قصداً كالشرب في البيع والمنقولات في الوقف وإن لم يكن فإن كانوا ذكوراً أو إناثاً لا يقسم إلا برضاها ما وإن كانوا ذكوراً أو إناثاً لا يقسم القاضي بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجبره ما على ذلك وقال صاحباه يجبرهما على القسمة لاتحاد الجنس كافي الأبل والغنم ورقيق الغنم ولا في حنيفة أن التفاوت في الأدمى فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لأن من العبيد من يصلح للامانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم من يصلح للفروسية وغير ذلك فتنى جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فإنه سائر

(١٢)

(وقال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر) لتفاوتيهما (وقال لا يقسم الرقيق) لاتحاد الجنس كافي الأبل والغنم ورقيق الغنم وله أن التفاوت في الأدمى فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصارت كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغنم لأن حق الغنمين في المأبىة حتى كان للإمام بيعها وقسمة غنمها وهما يتعلق بالعين والمأبىة جميعاً فافترقا وأما الجواهر فقد قيل إذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلى والياقوت وقيل لا يقسم البكر منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على إطلاقه لأن جهالة الجواهر أغش من جهالة الرقيق ألا ترى أنه لو تزوج على أولوة أو ياقوتة أو خالع عليها لاتصح القسمة ويصح ذلك على عبد فاولى أن لا يجبر على القسمة قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا ربح إلا بتراضى الشركاء وكذا الحائض بين الدارين) لأنهم اشتملوا على الضرر في الطرفين إذ لا يبقى كل نصيب منتفع به انتفاعاً مقصوداً فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بيننا قال

التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد (بخلاف المغنم) جواب عن قوله ما ورقيق الغنم وذلك (لأن حق الغنمين في المأبىة حتى كان للإمام بيعها وقسمة غنمها وهما يتعلق بالعين والمأبىة فافترقا) فإن قيل لو تزوج أو خالع على عبد صح فصار كسائر الحيوانات فليكن في القسمة كذلك أجيب بأن القسمة تحتاج إلى الإفراز ولا يتحقق في القسمة بخلاف ما ذكرتم فإنه لا يحتاج إليه (قوله وأما الجواهر الخ) واضح قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا ربح)

ذلك التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لأن الحق لهما إلى قوله أما القاضي يعتمد الظاهر فتأمل (قوله ولا يقسم حمام ولا بئر ولا ربح إلا بتراضى الشركاء) قال صاحب العناية والأصل في هذا أن الجبر في القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بأن يني نصيب كل منهما بعد القسمة منتفع به انتفاعاً ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والربح ضرر لهما أولاً فلا يقسم إلا بالتراضي انتهى أقول تقرير الأصل بهذا الوجه ليس بسديد إذ قد تقرر فيما مر أنه إذا كان أحد الشركاء ينتفع بنصيبه والآخر يستنصر بنصيبه لقلته فإن القاضي يقسم بطالب صاحب الكثير فقط على القول الأصح المذكور في الكتاب وبطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره على الخصاص وبطلب كل واحد منهما على ما ذكره الحاكم الشهيد وعلى كل واحد من الأقوال الثلاثة المذكورة ينتقض ذلك التقرير بتلك المسئلة كما لا يخفى على ذي مسكة فالصواب الموافق لقول المصنف في التعليل لأنه يشتمل على الضرر في الطرفين الخ أن يقتصر في بيان أصل هذه المسائل على لزوم الضرر لكل واحد من الشركاء ويجعل ذلك مداراً لعدم الجبر

(وإذا)

ولا بئر ولا ربح) والأصل في هذا أن الجبر في القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بأن يني نصيب كل منهما بعد القسمة منتفع به انتفاعاً ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والربح ضرر لهما أولاً فلا يقسم إلا بالتراضي ومن المشايخ من قال انقضى لا يقسم عند الضرر لأنه لا ينصب متلفاً لكن لو اقسما لم يمتعهما عن ذلك وكلامه واضح وقوله (لما بيننا) إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد يستنصر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما

(قوله أو لأحدهما) أقول لا يناسب المشروع مع أنه قد سبق أنه إذا انتفع أحدهما بنصيبه دون الآخر يقسم بطالب الكثير فليتأمل (قوله وقوله لما بيننا) إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد الخ) أقول بل إشارة إلى دليل تلك المسئلة أو إلى قوله لأن الحق لهما الخ فتأمل

(قوله وإذا كانت دور مشتركة) ههنا ثلاثة فصول الدور والبيوت والمنازل فالدور من لازمة كانت أو متفرقة لا تقسم عنده قسمة واحدة إلا بالتراضي والبيوت تقسم مطلقا لتفاربها في معنى السكنى والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازمة بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة والافلا سواء كانت في محال أو في دار واحدة بعضها في أدناها وبعضها في أقصاها لان المنزل فوق البيت دون الدار فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فليشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت متلازمة تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يقل في مكان واحد وليشبهها بالدور قلنا اذا كانت في امكنة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة وهما في الفصول كلها بقولنا يتظر القاضي الى أعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك وقوله (على مامر) يعني في باب الحقوق من كتاب البيوع (قوله وان كانت دار وضيعة (١٣) أو دار وحافوت الخ) واضح الاما ذكره

انما خص الخصاص بالذكر لان هذه المسئلة لم تذكر في كتاب محمد ولا ذكرها الطحاوي ولا الكرخي رحمه الله وقوله (ان اجارة منافع الدار بالحافوت) أي بمنافع الحافوت لانه لوجه من نفس الحافوت اجارة لمنافع الدار صرح وقوله (أو تبنى حرمة الربا هنا لك) أي في اجارات الاصل (على شبهة المجانسة) يعني ان كانت منافع الدار ومنافع الحافوت مختلفة رواية واحدة تحمل حرمة الربا هنا لك على شبهة المجانسة بين منافع الدار والحافوت لاتحاد أصل السكنى المقصود منهما واستشكل كلامه هذا لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بنفسه نسبة وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم

(وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحدة قسم كل دار على حدة في قول أبي حنيفة وقالان كان الاصل لهم قسمة بعضها في بعض قسمها) وعلى هذا الخلاف الا فرجة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسماء وصورة وتظر الى أصل السكنى أجناس معنى نظر الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله أن الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة وهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضرر فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضي الله عنه تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى أن الدار ين اذا كانتا في مصرين لا تجتمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد أنه يقسم احدهما في الأخرى والبيوت في محلة أو محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينهما يسير والمنازل المتلازمة كالبيوت والتميانية كالدار والبيت على مامر من قبل فأخذ شبهة من كل واحد قال (وان كانت دار وضيعة أو دار وحافوت قسم كل واحد منهما على حدة) لا اختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار والحافوت جنسين وكذا ذكر الخصاص وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحافوت لا تجوز وهذا يدل على أنها ما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان أو تبنى حرمة الربا هنا لك على شبهة المجانسة

في القسمة (قوله وان كانت دار وضيعة أو دار وحافوت قسم كل واحد منهما على حدة لا اختلاف الجنس) قال المصنف جعل الدار والحافوت جنسين وكذا ذكر الخصاص وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحافوت لا تجوز وهذا يدل على أنها ما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان أو تبنى حرمة الربا هنا لك على شبهة المجانسة واستشكل التوجيه الثاني صاحب الكافي حيث قال وقيل هما مختلفان جنسا رواية واحدة والفساد في شبهة المجانسة باعتبار اتحاد منعهما وهو السكنى كذا ذكره في الهداية وهو مشكل لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هي المعبرة دون النازلة عنها وقد قال شمس الأئمة الحلواني اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب الى هنا كلام صاحب الكافي وأوضح اشكاله صاحب العناية ثم أجاب عنه حيث قال واستشكل كلامه هذا لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بنفسه نسبة وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم وفي ذلك شبهة الربا فاذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبارا للشبهة والشبهة والمعتبر

وفي ذلك شبهة الربا فاذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبارا للشبهة والشبهة هي المعبرة دون النازلة عنها وقد قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن أن يقال لا إشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة به لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ووجه آخر في التوفيق أن يراد باختلاف الجنس الاختلاف من حيث اختلاف الذات فلا تجوز القسمة الواحدة وباتحاد الاتحاد في المنفعة وهي السكنى فتمتنع الاجارة لشبهة الربا

(قوله واستشكل كلامه) أقول هذا في الكافي (قوله ويمكن ان يقال) أقول يعني في جواب الاستشكل (قوله لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها) أقول يعني انها متحد الجنس نظر الى أصل السكنى فبني حرمة الربا عليه ومختلفا الجنس نظر الى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتامل

فصل في كيفية القسمة (لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لان كيفية صفة فتنبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف قال (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي أن يصور ما يقسمه بأن يكتب على كاغدة ان فلانا نصيبه (١٤) كذا و فلانا نصيبه كذا ليكنه حفظه ان أراد رفع تلك الكاغدة

الى القاضي ليتولى الاقراع بينهم بنفسه (وبعدله يعني يسويه على سهام القسمة و يروي بعزله أي بغيره (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقوم البناء) لما جتسه اليه في الآخرة (ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون نصيب بعضهم بنصيب الآخر تعالى) فتقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام (ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فنخرج اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) والاصل أن يتظر في ذلك الى أقل الانصبا حتى اذا كان الأقل ثلثا جعله أولا ثانيا وان كان سدسا جعله أسدسا لتمكن القسمة وقد شرعنا مشيعل في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل أولم يمكن جاز على ما ذكره بتفصيله ان شاء الله تعالى

الشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الأئمة الحلواني اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن أن يقال لا اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة انتهى كلامه أقول في الجواب خلل اذلو كان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بنفس المجانسة لما تم التوفيق بين مسئلتنا ومسئلة اجارات الاصل بقوله أو تبنى حرمة الربا هناك على شبهة المجانسة اذ يصير مدار مسئلة اجارات الاصل حينئذ على اتحاد الدار والخانوت في الجنس ومدار مسئلة تنازع على اختلافهما في الجنس قطعاً فتناقضان والمصنف قصد التوفيق بذلك فشا من الاشكال المذكور ثم ان قوله لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ليس بسديد اذ لم يقع التصريح في اجارات الاصل بان قال جنس واحد ولو وقع كان المراد بجنس واحد على طريق التشبيه البليغ بحذف أداة التشبيه على ما عرفت فلا ينافي القول بشبهة المجانسة كما لا يخفى قال بعض الفضلاء في تفسير معنى قول صاحب العناية لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها يعني انهما متحدان الجنس نظر الى أصل السكنى فتبنى حرمة الربا عليه ومختلفاه نظر الى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتنامل انتهى أقول ليس ذلك بمستقيم لان المعنى الذي ذكره مع كونه غير مستفاد من عبارة صاحب العناية أصلاً لا يصح أن يراد به هنا أما أولاً فلانه لا يدفع الاشكال المذكور اذ حاصله أن اتحادهما في الجنس غير مقرر بل هناك شبهة الاتحاد والاختلاف في الجنس من جهتين فكان في الجنسية شبهة في قول بناء حرمة الربا على ذلك الى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر وأما ثانياً فلان ما ذكره من اتحاد الجنس نظرا الى أصل السكنى واختلافه نظر الى اختلاف المقاصد متحقق في الدور المشتركة في مصر واحد أيضاً فبناء على أصل ذلك خالف أبا حنيفة صاحباه هناك فقالا ان كان الاصل اهم قسمة بعضهم في بعض قسمها القاضي كما مر في الكتاب فلو كان المراد في مسئلتنا ما ذكره لما وافق الامامان أبا حنيفة ههنا في وجوب قسمة كل واحد على حدة وانفاقهم في هذه المسئلة مع كونه منفهما من عدم بيان الخلاف فيها في الكتاب منصوص عليه في البدائع حيث قال فيه أما دار وضبعة أو دار وحافوت فلا يجمع بالاجماع بل يقسم كل واحد على حدة لا خلافاً في الجنس انتهى

فصل في كيفية القسمة (لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لان كيفية صفة فتنبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف قال (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي أن يصور ما يقسمه بأن يكتب على كاغدة ان فلانا نصيبه (١٤) كذا و فلانا نصيبه كذا ليكنه حفظه ان أراد رفع تلك الكاغدة

فصل في كيفية القسمة (لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لان كيفية صفة فتنبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف قال (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي أن يصور ما يقسمه بأن يكتب على كاغدة ان فلانا نصيبه (١٤) كذا و فلانا نصيبه كذا ليكنه حفظه ان أراد رفع تلك الكاغدة

والقرعة

فان كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الاول وان كان صاحب الثلث فله الجزء الاول والذي يليه

وان كان صاحب النصف فله الجزء الاول والثاني يليانه (قوله وقوله في الكتاب) واضح

فصل في كيفية القسمة (قوله بان يكتب على كاغدة الخ) أقول هذا ليس يصلح تفسير التصور ما يقسم كما لا يخفى (قوله صورته أرض بين جماعة الخ) أقول فيه نقض

قوله (والقرعة لتطيب القلوب) جواب الاستحسان والقياس بأبائها لانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قمار ولهذالم يجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة وإمكن تركناها ههنا بالاعمال الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذامن غير تكبير وليس في معنى القمار لان أصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه وأما ما نحن فيه فليس كذلك لان القاسم لو قال أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذ الجانب وأنت هذ الجانب كان مستقيما لأنه رعايتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطيب قلوب الشر كاهون في تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا ترى أن زكريا عليه السلام حيث استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم إلى نفسه مع علمه بكونه أحق بها لكون خالتهما عنده تطيبا لقلوبهم قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الخ) جماعة في أيديهم عقار طابوا قسمته وفي أحد الجانبين فضل فأراد أحدهم أن يكون عوض الفضل دراهم وآخر لم يرض بذلك لم تدخل الدراهم في القسمة وإن تراضوا أدخلها لانه لا شركة في الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة ولا يفتوت التعديل المراد بالقسمة لان أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته قد لا يصل اليها وليس يبر ما يصل اليه لرجل في الحال وما لا يصل معادلة فلا يصار اليه الا عند الضرورة ولهذذهب أبو يوسف رحمه الله فيما اذا كان أرض وبناء إلى انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وأبو حنيفة رحمه الله إلى أن الأرض تقسم بالمساحة لانه (١٥) الأصل في المسوحات ثم يرد من وقع البناء

في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج ومحسدر رحمه الله إلى أنه يرد على شريكه بمقابلته البناء ما يساويه من العرصه فان لم تف العرصه بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة تحتقت في هذا القدر فلا يترك الأصل الا لها وهذا يوافق رواية الأصل رواية الأصل لانه قال فيه يقسم الدار مذارعة

والقرعة لتطيب القلوب واذا حصة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز لانه في معنى القضاء فملك الا لزام قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضيه) لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفتوت به التعديل في القسمة لان أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته واعلمها لان سلمه (واذا كان أرض وبناء فعن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة) لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن أبي حنيفة أنه يقسم الأرض بالمساحة لانه هو الأصل في المسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد أنه يرد على شريكه بمقابلته البناء ما يساويه من العرصه واذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بأن كان لاني العرصه بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الأصل الا لها وهذا يوافق رواية الأصل قال (فان قسم بينهم ولا أحدهم مسيل في نصيب الآخر أو طريق لم يشرط في القسمة فان أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق في نصيب الآخر لانه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر

يقسم لان الكيفية صفة تتبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف (قوله والقرعة لتطيب القلوب واذا حصة تهمة الميل) قال الشراح هذاجواب الاستحسان والقياس بأبائها لان استعمال القرعة تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وهو في معنى القمار والقمار حرام ولهذالم يجوز علماؤنا استعمالها

فلا يجوز للاحدهما على الآخر فضلا من الدراهم وغيرها كذا في بعض الشروح قوله (فان قسم بينهم) يعني ان قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين ولا أحدهما مسيل الماء في نصيب الآخر أو طريق فلا يخلو اما ان يمكن صرف ذلك عنه أولا (فان أمكن فليس له أن يستطرق) ويسيل (في نصيب الآخر) سواء كان ذلك مشروطا في القسمة أو لم يكن (لانه أمكن تحقيق معنى القسمة) وهو الافراز والتمييز (من غير ضرر) بان لا يبقى لكل واحد منهما متعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق والمسيل إلى غيره فلا تدخل فيه الحقوق وان شرطت بخلاف البيع فانها اذا شرطت فيه دخلت لانه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقاء هذالتعلق بملك غيره فلا تدخل الا بالشرط

(قوله وليس في معنى القمار لان أصل الاستحقاق فيه) أقول الضمير في قوله فيه راجع إلى القمار (قوله ألا ترى أن زكريا عليه السلام) أقول الظاهر أن يقال ألا يرى إلى أن الخ (قوله لانه لا شركة) أقول تعليل أقوله لم يدخل الدراهم في القسمة (قوله كذا في بعض الشروح) أقول يعني الاتقاني في غاية البيان (قوله سواء كان ذلك مشروطا) أقول بذكر الحقوق (قوله أمكن تحقيق معنى القسمة إلى قوله بان لا يبقى لكل واحد منهما متعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق الخ) أقول قوله بان متعلق بقوله تحقيق وقوله بصرف الطريق متعلق بقوله لا يبقى (قوله فلا يدخل الا بالشرط) أقول في التفريق نوع تأمل

(وان لم يمكن) فاما ان يشترط ذلك في القسمة أولا فان كان الثاني (فصحت القسمة لانها محتلة لما فيه من الضرر ببقاء الاختلاط قد ستأنف
وهذا بخلاف البيع) فانه اذا باع دارا أو أرضا ولا يتمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسيل الماء ولم تذكر الحقوق فانه (لا يفسد لان
المقصود منه تلك العين وأنه يجامع تعذرا لا تنفع في الحال) كما لو اشترى بحشا صغيرا (وأما القسمة فانها التكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا
بالطريق) وان كان الاول يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل
وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع النعلاق على ما ذكرنا باعتبار ما لا يدخل من غير تنصيص وتقريره ان في القسمة تكميلا وافرزا
والحقوق بالنظر الى التكميل تدخل (١٦) وان لم تذكر وبالنظر الى الافراز لا تدخل وان ذكرت لان دخولها ينافي

الافراز فقلنا تدخل عند
التنصيص ولا تدخل عند
عدمه اعمالا للوجهين
بعدم الامكان بخلاف
الاجارة حيث تدخل فيها
بدون التنصيص لان كل
المقصود الانتفاع وهو
لا يحصل الا بادخل الشرب
والطريق فيدخل من غير
ذكر (ولو اختلف الشركاء في
رفع الطريق بينهم عن
اقسمة) فقال بعضهم لاندع
طريقا مشتركا بينهما بل
نقسم الكل وقال بعضهم
بل ندع بنظر القاضي في
حالهم ان كان يستقيم لكل
واحد طريق يفتحه في
نصيبه قسم الحاكم بغير طريق
يترك للجماعة لتحقيق الافراز
بالكلية دونه) أي دون رفع
الطريق (وان كان لا يستقيم
رفع طريقين جماعة) ثم
ليتحقق تكميل المنفعة
فيما وراء الطريق ولو اختلفوا
في مقداره) أي في سعة
الطريق وضيقه وطوله
فقال بعضهم تجعل سعة

(وان لم يمكن فصحت القسمة) لان القسمة محتلة لبقاء الاختلاط قد ستأنف بخلاف البيع حيث
لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تلك العين وأنه يجامع تعذرا لا تنفع في الحال اما القسمة
لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة
الافراز والتميز وتعمام ذلك بأن لا يبقى لكل واحد نعلق بنصيب الاخر وقد أمكن تحقيقه بصرف
الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصاريه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه
ما كان له من الطريق والمسيل لانه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقاء هذا النعلق على
غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيه لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند
التنصيص باعتبار ما وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع النعلاق على ما ذكرنا باعتبار ما لا يدخل من غير
تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل
الا بادخل الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة
ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم بغير طريق يرفع لجماعتهم) لتحقيق
الافراز الكلية دونه (وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقين جماعة) ليحقق تكميل المنفعة فيما وراء
الطريق (ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله) لان الحاجة تدفع به (والطريق
على سهامهم كما كان قبل القسمة) لان القسمة فيما وراء الطريق لافيه (ولو شرطوا ان يكون الطريق
بينهما أثلاثا جاز وان كان أصل الدار نصفين) لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي

في دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق أو المطلقه ولاكتناز كفا القياس ههنا بالنسبة والتعامل
الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم الى يومنا هذا من غير تكبر منكر وليس هذا في معنى
القمار لان أصل الاستحقاق في القمار يتعلق بما يستعمل فيه وفيما نحن فيه لا يتعلق بأصل الاستحقاق
بخروج القرعة لان القاسم لو قال أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت ذلك الجانب كان
مستقيما الا أنه بما بينهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطبيب قلوب الشركاء ونفي تهمة المسيل عن نفسه
وذلك جائز ألا يرى أن يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله
تعالى فساهم فكان من المدحضين وذلك لانه علم أنه هو المقصود ولكن لو ألقى نفسه في الماء بما نسب
الى ما لا يليق بالانبياء فاستعمل القرعة لذلك وكذلك ذكره عليه السلام استعمل القرعة مع الاحبار في
ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه أحق بها منهم لم يكون خالها عنه تذيب القلوبهم كما قال الله تعالى اذ
يلقون أولادهم أيهم يكفل مريم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرع بين نسائه اذا أراد السفر
تطيبا لقلوبهن انتهى كلامهم وعزاني النهاية ومعراج الدرابه هذا التقصيل الى المبسوط أقول بين

الطريق أكبر من عرض الباب الا عظم وطوله من الاعلى الى السماء وقال بعضهم غير ذلك (جعل على عرض الباب قال
وطوله لان الحاجة تدفع به) فلا فائدة في جعله أعرض من ذلك وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الاعلى هي ان أحد الشركاء اذا
أراد أن يشترع جناحا في نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فكان بانبا
على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لان قدر طوله مشترك بينهم فصار بانبا على الهواء المشترك وهو لا يجوز من
غير رضا الشركاء وان كان المقسوم أرضا رفع من الطريق بمقدار ما عرفه ثورا وحده لا بد للزراعة من ذلك ولا يجعل مقدار ما عرفه
ثورا معاوان كان محتاجا الى ذلك لانه كما يحتاج الى العجالة فيؤدي الى ما لا ينتهي كذا في النهاية وباقي كلامه واضح

لان السفلى يصلح لما لا يصلح له العلوي من حفر البئر واتخاذ السرداب والاصطبل وغيرهما فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة ثم اختلف الشيخان في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة رحمه الله ذراع من سفلى بذراع من علو وقال أبو يوسف رحمه الله ذراع من سفلى بذراع من علو وقال أبو يوسف ذراع بذراع واختلف المشايخ بأن مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل السفلى على العلو أو العكس من ذلك أو استوائهما وهو معنى فقهي فقال بعضهم أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أجاب أبو حنيفة بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفلى على العلو وأبو يوسف بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفلى في منفعة السكينة ومحمد بن علي ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفلى مرة والعلو أخرى وقال بعضهم بل مبناه معنى فقهي ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن منفعة السفلى تربو على منفعة العلو بضعفه لأنها تبقى بعد فوات العلو دون العكس (قوله أو هو معنى فقهي) أقول معطوف على قوله اختلاف عادة أهل عصر

محمد أن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلوي من اتخاذ بئر ماء أو سرداباً أو اصطبل أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذرع لا في القيمة فيصار اليه ما أمكن والمراعى التسوية في السكينة لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة رحمه الله ذراع من سفلى بذراع من علو وقال أبو يوسف رحمه الله ذراع من سفلى بذراع من علو وقال أبو يوسف ذراع بذراع واختلف المشايخ بأن مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل السفلى على العلو أو العكس من ذلك أو استوائهما وهو معنى فقهي فقال بعضهم أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أجاب أبو حنيفة بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفلى على العلو وأبو يوسف بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفلى في منفعة السكينة ومحمد بن علي ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفلى مرة والعلو أخرى وقال بعضهم بل مبناه معنى فقهي ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن منفعة السفلى تربو على منفعة العلو بضعفه لأنها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفلى

الثلاثة على الوجه المفصل في الكتاب اذ يرتفع الخلاف حينئذ بالكلية فإنه يجوز القسمة على وفق تراضيهما على شئ معين كيفما كان بلا خلاف من أحد ألا يرى أن الدور مطلقاً لا تقسم قسمة واحدة عند أبي حنيفة وعند تراضى الشركاء فيما بينهم على تلك القسمة تقسم بها عنده أيضاً كما صرحوا به قاطبة وان أراد بالتراضى المذكور تراضيهما على مجرد القسمة بدون تعيين شئ كما هو الظاهر من عبارة النهاية ومعراج الدراية والذخيرة وهى قولهم واثن كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من الفاضل المعادلة فيما بينهم لم يفد التقييد بذلك شيئاً لأنهما تراضيا حينئذ على القسمة المعادلة فإن كان مذهب أبي حنيفة أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة فالظاهر أن وجهه عدم إمكان التعديل في قسمة واحدة كما قال في الدور فإذا لم يمكن التعديل فيها فكيف تجوز بمجرد تراضيهما على القسمة مع طلب المعادلة فيها وبالجملة لا يرى معنى فقهي قارق بين صدور التصريح بالتراضى على ذلك المعنى منها وعدم صدوره فامعنى اختلاف جواب المسئلة في صورتين فتأمل (قوله لمحمد أن السفلى يصلح لما لا يصلح له العلوي من اتخاذ بئر ماء أو سرداباً أو اصطبل أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة) أقول كان الظاهر في التعليل من قبل محمد أن يراد على قوله ان السفلى يصلح لما لا يصلح له العلو وان العلو يصلح لما لا يصلح له السفلى كدفع ضرر الندى في موضع يكثر فيه الندى واستنشاق الهواء الملائم وغير ذلك فان مجرد صلاحية السفلى لما لا يصلح له العلو بدون العكس تقتضى تفضيل السفلى على العلو مطلقاً كما هو مذهب أبي حنيفة فلا ينافي تقسيم ذراع من سفلى بذراع من علو بخلاف تفضيل السفلى مرة وتفضيل العلو أخرى فإنه ينافي القسمة بالذرع أصلاً ويقضى المصير الى القسمة بالقيمة ليتحقق التعديل وعن هذا قال فيما سبقتي ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقال والفتوى اليوم على قول محمد (قوله قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفلى على العلو واستوائهما وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واختلف المشايخ بأن مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل السفلى على العلو أو العكس من ذلك أو استوائهما وهو معنى فقهي فقال بعضهم أجاب كل منهم على عادة أهل عصره أجاب أبو حنيفة بناء على ما شاهد من أهل الكوفة في اختيار السفلى على العلو وأبو يوسف بناء على ما شاهد من أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفلى في منفعة السكينة ومحمد بن علي ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفلى مرة والعلو أخرى انتهى أقول في أوائل تحريريه خلل حيث قال أو العكس من ذلك ولا يخفى أن عكس تفضيل السفلى على العلو مطلقاً إنما هو تفضيل العلو على السفلى مطلقاً وهو ليس بمذهب أحد في الاختلاف المذكور وإنما المذهب فيه تفضيل السفلى على العلو مطلقاً كما قال به أبو حنيفة واستوائهما كما قال به أبو يوسف وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى كما قال به محمد وليس الثالث بعكس الاول كما لا يخفى والله در صاحب الهداية في حسن تحريره واصابته حيث قال في

وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو منفعة السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولا يوجب رجحه الله أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله ولحمده درجة الله أن المنفعة تختلف باختلاف (١٩) الحروا البرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل

الا بالقيمة وقوله لا يقتقر الى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة رجحه الله في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفل فتلاثة وثلاثون وثلاث من العلو الكامل في مقابلة مثله من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلاث من السفل الكامل في مقابلة

ستة وستين وثلاثين من العلو المجرد فذلك تمام مائة ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون وثلاث ذراع من البيت الكامل لان علوه مثل نصف سفله فستة وستون وثلاث من السفل الكامل بمقابلة مثله من السفل المجرد ستة وستون وثلاث من علو الكامل في مقابلة ثلاثة وثلاثين وثلاث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة وتفسير قول أبي يوسف رجحه الله ظاهر على ما ذكر في الكتاب

(قال المصنف وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى) أقول يخالف لقوله والمراعى التسوية

وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولا يوجب رجحه الله أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله ولحمده درجة الله أن المنفعة تختلف باختلاف الحروا البرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رجحه الله وقوله لا يقتقر الى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة رجحه الله في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلاث من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل فتلاثة وثلاثون وثلاث من السفل ستة وستون وثلاث من العلو المجرد ومعه ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوى مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلاث ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة وستون وثلاث لان ضفاف العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل بازاء خسين ذراعان من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد ومائة ذراع من العلو المجرد لان السفل والعلو عنده سواء فمستون ذراعان من البيت الكامل بمائة ذراع خسون منها سفل وخسون منها علو

تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى فأصاب المحرزي افادة عين المذاهب الثلاثة الواقعة في الاختلاف المذكور كما ترى (قوله وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لقوله والمراعى التسوية في السكنى لا المرافق الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر اه أقول ليس ذلك بسديداً ما أؤلا فلان معنى قوله فيما مر والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق أن المراعى في نفس القسمة بالذرع التي هي الاصل التسوية في السكنى لا في المرافق اذا الاتحاد في الجنس يحصل بالاتحاد في منفعة السكنى بدون الاحتياج الى الاتحاد في المرافق فيصار الى ما هو الاصل عند الاتحاد في الجنس من قسمة العين دون القيمة ومراعاة ههنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير بيان مراعاة منفعة غير السكنى أيضاً في كيفية القسمة عند أبي حنيفة وهي ذراع من سفل بذراعين من علو ولا بعد في أن يراعى في كيفية القسمة بالذرع ما يراعى في نفس القسمة بالذرع فان نفس القسمة بالذرع قد تحقق منفعة عن تلك الكيفية كما في قسمة البيت السفلى فقط أو العلوى فقط فلا مخالفة بين الكلامين في المقامين كما لا يخفى وأما ثانياً فإنه لا معنى لقوله الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة فان المذكور فيما مر بقوله والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق انما هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف والمذكور ههنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة السكنى الى آخره انما هو وجه قول أبي حنيفة وحده وما ذكره محمد بعزل عن ذلك القولين معا فلا تأثير للفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة في دفع المخالفة بينهما كما ادعاها على أن قوله وهو غير ظاهر ليس بصحيح اذ لا شك في ظهور الفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة كما ترى (قوله ولا يوجب رجحه الله أن المقصود أصل السكنى) أقول حق التحرير أن يقال ان أصل المقصود هو السكنى وهذا ظاهر لفظن المتدبر في المقام (قوله والسفل المجرد ستة وستون وثلاث لان ضفاف العلو فيجعل بمقابلة مثله) قال بعض الفضلاء

في السكنى لا في المرافق الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر (قوله في السفل المجرد) أقول الظاهر أن يقال من السفل (قال المصنف والسفل المجرد ستة وستون الخ) أقول قوله والسفل المجرد الخ مستدرك لا حاجة اليه كما لا يخفى

(قوله واذا اختلف المتقاسمون) فقال بعضهم بعض نصبي في يد صاحبي (وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) ذكره القدرى ولم يذكر خلافا
وكانه مال الى قول الخصاص فانه ذكر قول (٣٠) محمد كقولهما وقوله اولانه أى التميز لا يصلح مشهودا به لما

انه غير لازم قبل لان
الرجوع صحيح قبل القبض
وهو صحيح اذا كانت القسمة
بتراضيهما أما اذا كان القاضى
أونائبه بقسم فليس لبعض
الشركة أن يأبى ذلك بعد
خروج بعض السهام
والباقي واضح

باب دعوى الغلط في
القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط
والاستحقاق من عوارض
القسمة أخذ كرها والاصل
في هذا الباب أن
الاختلاف إما أن يكون
في مقدار ما حصل بالقسمة
أو في أمر بعد القسمة فان
كان الاول مخالفا وتفسخ
القسمة ان لم يكن في دعواه
متناقضا وان كان الثاني
فحكمه البينة على المدعى
واليمين على من أنكر
فعلى هذا اذا ادعى
أحدهما الغلط في القسمة
وزعم أن مما أصابه شيئا
في يد صاحبه وقد أشهد
على نفسه بالاستيفاء لم
يصدق على ذلك الا ببينة
لانه يدعى فسخ القسمة
بعد وقوعها فلا يصدق
الابحجة كالمشتري اذا
ادعى لنفسه خيار الشرط
فان أقامها فقد تورد دعواه

قال (واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) قال رضى الله عنه هذا الذى ذكره
قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول أبى يوسف وأولاه قال الشافعى وذكر
الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضى وغيرهما سواء لمحمد أنهما أشهدا على فعل أنفسهما
فلا تقبل كن عاق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما
وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما لان فعلهما التميز ولا حاجة الى الشهادة عليه أولانه
لا يصلح مشهودا به لما أنه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه
وقال الطحاوى اذا قسما بأجر لا تقبل الشهاد بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهم ما يدعيان
إيفاء عمل استوجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا ان يقول هما
لا يجران به هذه الشهادة الى أنفسهما مغنما لانفاق الخصوم على إيفائهما العمل المستأجر عليه وهو
التميز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانفتحت التهمة (ولو شهد قاسم واحد لا تقبل) لان شهادة الفرد
غير مقبولة على الغير ولو أمر القاضى أمينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن
نفسه ولا يقبل في الزام الاخر اذا كان منكرا والله أعلم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال (واذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيئا في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء
لم يصدق على ذلك الا ببينة) لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الابحجة
قوله والسفل المجرد الى آخره مستدركا لاحاجة اليه كما لا يخفى انتهى أقول دعوى استدراكه بالسكينة
خروج عن دائرة الانصاف فان قوله فيما قبل لأن العلوم مثل نصف السفلى ليس ببيان كامل لقوله
ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلاث ذراع وانما يكمل البيان
بقوله والسفل المجرد أى سفلى البيت الكامل ستة وستون وثلاث لان ضعف العلوف يجعل بمقابلة مثله
أى بمقابلة مثله من السفلى المجرد الذى لا علو عليه أصلا نعم حق البيان أن يؤخر قوله فبلغت مائة ذراع
كأذ كرنا على قوله فيجعل بمقابلة مثله تبصر تفهم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التى عسى أن تقع وأن لا تقع أخذ كرها قال صاحب
العناية أخذ من غاية البيان والاصل في هذا الباب أن الاختلاف إما أن يكون في مقدار ما حصل
بالقسمة أو في أمر بعد القسمة فان كان الاول مخالفا وتفسخ القسمة ان لم يكن في دعواه متناقضا وان كان
الثانى فحكمه البينة على المدعى واليمين على من أنكر اهـ واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه
بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضى أو بقضاء القاضى والغبن يسير لا يخالف فيه ولا
بينه ولا يمين كما يجيىء انتهى أقول ذلك من دفع فان الظاهر أن المقسم فى الاصل المزبور هو الاختلاف
الملفت اليه المعترف فى الشرع وما ذكره ذلك المعترض من الصورتين وهما الاختلاف فى التقويم فيما
اذا كانت القسمة بالتراضى والاختلاف فيه فيما اذا كانت بقضاء القاضى ولكن الغبن يسير خارج
عن المقسم المذكور لعدم الالتفات اليه فى الشرع كما سيجيىء فلا يرد به النقض على شئ من القسمين

(فان)

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق

(قوله فان كان الاول مخالفا الخ) أقول وفيه بحث فانهم اذا اختلفوا فى التقويم والقسمة بالتراضى أو بقضاء القاضى والغبن يسير
لا يخالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجيىء

عليه ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعي كما ذكر في الكتاب ولا تحالف لوجود التناقض في دعواه قال المصنف رحمه الله (ينبغي أن لا يقبل دعواه أصلا) يعني وان أظام البينة لتناقضه لانه اذا أشهد على نفسه أي أقر بالاستيفاء والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بكامله كان الدعوى بعد ذلك تناقضا قوله (واله أشار من بعد) يريد قوله وان قال أصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة

(قوله وان عجز عنها استخلف الشركاء لانهم لو أقرروا الزمهم الخ) أقول لو صح لدل على وجوب تخليف المقر له اذا ادعى المقر أنه كذب في اقراره مع أنه لا تخليف عليه عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله (قال المصنف ينبغي أن لا يقبل دعواه) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوقاية وفي المبسوط وفي فتاوى قاض خان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفائه حقه ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يأخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وفيه بحث

(فان لم يكن له بينة استخلف الشركاء فن نكل منهم جمع بين نصيب النا كل والمدعي فيقسم بينهما على قدر أنصائبهم لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه واليه أشار من بعد) وان قال قد استوفيت حق وأخذت بعضه فالتقول قول خصمه مع يمينه) لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر (وان قال أصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة)

المذكورين في الأصل المزبور (قوله فان لم تكن له بينة استخلف الشركاء) لانهم لو أقرروا الزمهم فاذا أنكروا استخلفوا لرجاء النكول كذا في الكافي وعامة الشروح وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو صح هذا لدل على وجوب تخليف المقر له اذا ادعى المقر أنه كذب في اقراره مع أنه لا تخليف عليه عند أبي حنيفة ومحمد انتهى أقول ليس ذلك بواردا قد تقرر في كتاب الاقرار أن حكم الاقرار ظهور المقر به بلا تصديق من المقر له الا في نسب الولاد ونحوه ولكن برذا الاقرار برد المقر له لا بعد تصديقه فانه لا يرد حينئذ أصلا فاذا تقرر ذلك فادعاء المقر أنه كذب في اقراره ان كان بعد تصديق المقر له اياه في اقراره لا يدل ما ذكرناه هنا على وجوب تخليف المقر له هناك اذ لا يتشبه فيه أن يقال لو أقر المقر بكذب المقر في اقراره بعد تصديقه اياه في اقراره لزمه ذلك فان الاقرار لما لم يرد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له بعد ذلك شيء باقراره بكذب المقر في اقراره والالزم أن يرد الاقرار الاول برد المقر له ذلك بعد تصديقه اياه وان كان ذلك الادعاء قبل تصديق المقر له المقر في اقراره فلا يدل ما ذكرناه هنا أيضا على ذلك فانه يتشبه فيه أن يقال لو أقر المقر بكذب المقر في اقراره لزمه ذلك ولكن لا يتشبه فيه أن يقال فاذا أنكر استخلف كما قالوا فيما نحن فيه لانه اذا أنكر ذلك كان مصداقه في اقراره لان انكار كذبه في اقراره يقتضي تصديقه في اقراره فبعد ذلك لا يقبل الاقرار الردي فلا فائدة في استخلافه ولذلك لم يجب تخليف المقر له هناك عند أبي حنيفة ومحمد بخلاف ما نحن فيه تأمل فيما قلنا فاعمل فيه دقة ثم أقول لكن بقي فيما ذكرناه وهو أن قولهم لرجاء النكول في قولهم فاذا أنكروا استخلفوا لرجاء النكول انما يرتبط بما قبله على قول من قال ان النكول اقرار وأما على قول من قال انه يدل لا اقرار كما ذهب اليه أبو حنيفة على ما صرح في كتاب الدعوى مفصلا فلا فائدة اذا لم يكن اقرارا لا يلزم من لزوم اقرارهم لو أقرروا وجوب استخلافهم اذا أنكروا لرجاء النكول فلا يرتبط آخر كلامهم بأوله كما لا يخفى على الفطن (قوله قال رضي الله عنه ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه) قال صدر الشريعة في شرح الوقاية بعد نقل هذا عن الهداية وفي المبسوط وفي فتاوى قاض خان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفائه حقه ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يأخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة وفيه بحث فان مثل هذا لاقرار ان كان مانعا عن صحة الدعوى لا تسمع البينة لا بتناؤه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعا ينبغي أن يتحالفا أقول يمكن أن يقال انه ليس بمانع عن صحة الدعوى ولا ينبغي أن يتحالفا بناء على ما حققه صاحب الذخيرة حيث قال وأما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة فنوعان نوع يوجب التحالف ونوع لا يوجب التحالف والذي يوجب التحالف أن يدعي أحد المتقاسمين غلطا في مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعى الغصب بدعوى الغلط والذي لا يوجب التحالف أن يدعي الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعى الغصب بدعوى الغلط وقال في النوع الاول وانما يوجب التحالف لان القسمة في معنى البيع وفي البيع اذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفان اذا كان قائما فكذا في القسمة وقال هذا اذا لم يسبق منهما اقرار باستيفاء الحق وأما اذا سبق لا تسمع دعوى الغلط الا من حيث الغصب وقال في النوع

فان مثل هذا الاقرار ان كان مانعا عن صحة الدعوى لا تسمع البينة لا بتناؤه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعا ينبغي أن يتحالفا

لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصارت نظير الاختلاف في مقدار المبيع ووجه الاشارة أن هذا المعنى قد وجد في الصورة الاولى ولا يخالف فيه ولا سبب له سوى كون التناقض مانعا للصحة الدعوى واذا كان التناقض موجودا وجب أن لا تقبل دعواه أصلا وان قال قد استوفيت حقى وأخذت بغضه (٢٢) وعجز عن اقامة البينة فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعى عليه الغصب

وهو ينكر ولو اختلفا في التقويم فلا يخلو اما أن يكون يسيرا أو فاحشا لا يدخل تحت تقويم المقومين فان كان الاول لم يلتفت الى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي لان الاحتراز عن مثله عسر جدا وان كان الثاني فان كانت القسمة بقضاء القاضي فسخت لان الرضا منهم لم يوجد وتصرف القاضي مقيدا بالعدل ولم يوجد وان كانت بالتراضي لم يذكره محمد رحمه الله وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله أنه كان يقول لقائل أن يقول لا نسمع هذه الدعوى لان القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن فيه من المالك لا توجب نقضه أما البيع من غير المالك فانه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصى وقائل أن يقول نسمع هذه الدعوى لان المعادلة شرط في القسمة والتعديل في الاشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة فاذا ظهر في القيمة غبن فاحش فان شرط جواز القسمة

لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصارت نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم (ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه) لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش) لان تصرفه مقيد بالعدل (ولو اقتسم ادارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما يمينه في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البينة) لما قلنا

الثاني اذا كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما في مقدار الواجب بالقسمة كما في النوع الاول فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف كما في سائر المواضع والتحالف أمر عرف بخلاف القياس فاذا وجب من وجه دون وجه لا يجب انتهى فتلخص منه وجه عدم وجوب التحالف فيما إذا أشهد على نفسه بالاستيفاء مع استماع دعواه كما وقع في متن الكتاب فصل به الجواب عن بحث ذلك القائل قطعا بل حصل به الجواب عما قاله صاحب الهداية أيضا من غير حاجة الى التكلف الذي ذكره صدر الشريعة لان دعوى الغلط على وجه يتضمن دعوى الغصب بعد الاستيفاء كما هو النوع الثاني من النوعين المذكورين في الذخيرة لا يناقض الاقرار باستيفاء حقه من قبل كما لا يخفى على المتأمل (قوله لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصارت نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم) أقول فيه بحث وهو أن ما تقدم في باب التحالف من كتاب الدعوى هو أن التحالف فيما اذا اختلف المتبايعان في المبيع قبل القبض على وفاء القياس لان أحد المتبايعين يدعى الزيادة والاخر ينكرها وان الآخر يدعى وجوب تسليم البديل عما قاله وأحد هما ينكره فصار كل واحد منهما منكرا فيتحالف وأما بعد القبض فتحالف للقياس لان القابض منهما لا يدعى شيئا حتى ينكره الآخر فيحالف عليه لكننا عرفنا التحالف فيه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها فالحالفون اذا اذاتقرر ذلك ففيما نحن فيه أحد النسرين يكن قابض نصيبه فانه ذو اليد ولا يدعى على الآخر شيئا وانما يدعى الآخر عليه بعض ما في يده فكان التحالف فيه مخالفا للقياس ولا مجال لأجراء النص المزبور هنا لا بطريق القياس لان ذلك النص كان واردا في البيع على خلاف القياس وقد تقرر عندهم أن ما يرد على خلاف القياس يختص بمورده ولا بطريق دلالة النص لان القسمة ليست في معنى البيع من كل وجه اذ فيها معنى الافراز والمبادلة معا كما مر في صدر كتاب القسمة والبيع مبادلة محضة ليس فيه معنى الافراز ولا بد في اللاحق بطريق الدلالة من الاولوية أو التساوي على ما عرف في موضعه ولم يوجد شيء منهما هنا فليتنامل في الدفع (قوله ولو اقتسم ادارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما يمينه في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا) قال في العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا بيمينه لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها انتهى واستشكله بعض الفضلاء حيث قال فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعى شيء معين وهو البيت فاذا نورد دعواه بالبينة يحكم بالبيت للمدعى انتهى أقول الظاهر أن المراد بفسخ القسمة في قوله لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها ففسخ القسمة المعانسة حال الخصومة الدالة في الظاهر على كون ذلك البيت في نصيب ذي اليد لا فسخ القسمة عن أصلها والاستئناف بقسمة أخرى حتى ينافي ما سيجي في الفصل الآتي من

فيجب نقضها والصدور الشهيد ح- ام الدين رحمه الله كان يأخذ بالقول الاول وهو مختار المصنف رحمه الله وبعض المشايخ لما رجهم الله كانوا يأخذون بالقول الثاني قوله (ولو اقتسم ادارا) هو عين مسئلة أول الباب لكن أعاده لزيادة بيان وقوله (لما قلنا) اشارة (قوله ووجه الاشارة أن هذا المعنى الخ) أقول بل وجه الاشارة أنه فهم من تقييد المسئلة بقوله ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء أنه ان أشهد لا يخال فان على ما هو المقرر في الروايات لان دعواه لم تصح للتناقض فاذا منع التناقض التحالف يمنع قبول الدعوى أيضا تامل

الى قوله لم يصدق على ذلك الايبنة لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها وقوله (وكذا اذا اختلفا في الحدود) قيل صورته دارا قسمه رجلان فأصاب أحدهما جانب منه وفي طرف حده بيت في يد صاحبه وأصاب الآخر جانب وفي طرف حده بيت في يد صاحبه فادعى كل واحد منهما أن البيت الذي في يد صاحبه داخل في حده وأقاما اليينة يقضي لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا يعني قوله لانه خارج وبينه الخارج ترجع على بينة ذي اليد والباقي واضح

فصل لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق (واذا استحق بعض نصيب أحدهما) ههنا ثلاثة أوجه استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فيهما جميعا واستحقاق بعض شائع في النصيبين أو في أحد النصيبين في الأول لا تنسخ القسمة بالاتفاق وفي الثاني تنسخ بالاتفاق وفي الثالث لم تنسخ عند أبي حنيفة رحمه الله ولكن يخيران شاء رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وإن شاء رد ما بقي واقتسم ثانيا وقال أبو يوسف رحمه الله تنسخ ومحمد مع أبي يوسف على رواية أبي سليمان ومع أبي حنيفة على رواية أبي حفص وهو الصحيح وصورة المسئلة أن أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهم ما سواها بان تكون قيمة الدار ألفا ومائتي درهم مثلا وقيمة الثلث المقدم ست مائة درهم وقيمة ما بقي مثله ثم استحق نصف الثلث المقدم فعندهما إن شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشفيع وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده وقيمته ثلاثمائة فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته مائة وخمسون اعتبارا للجزء (٣٣) بالكل فيصير في يد كل من الشريكين أربع مائة درهم وخمسون درهما والمجموع تسعمائة وهو ثلاثة أرباع ألف ومائتين قال المصنف رحمه الله (ذكر الاختلاف)

يعني القدوري رحمه الله في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار أن الاختلاف في استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما قال صاحب النهاية رحمه الله وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في

(وان أقاما اليينة يؤخذ بينة المدعى) لانه خارج وبينه الخارج ترجع على بينة ذي اليد (وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود وأقاما اليينة يقضي لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه) لما بينا (وان قامت لأحدهما يينة قضى له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا) كما في البيع

فصل قال (واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تنسخ القسمة عند أبي حنيفة ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال أبو يوسف تنسخ القسمة) قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما فأما في استحقاق بعض معين لا تنسخ القسمة بالإجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تنسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة أوجه ولم يذكر قول محمد وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف وأبو حفص مع أبي حنيفة وهو الأصح

أنه اذا استحق بعض معين من نصيب أحدهما لا تنسخ القسمة بالإجماع في الصحيح وتحقق فسخ القسمة بالمعنى الأول فيما نحن فيه اذا نوردعوا باليينة ظاهر لا يخفى

فصل لما فرغ من بيان الغلط شرع في بيان الاستحقاق (قوله قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار) أي قال المصنف ذكر القدوري الاختلاف بين أبي

الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة وأقول وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه أيضا نظرفان قول القدوري واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس ينص في ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما

(قوله لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها) أقول فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعى شيء معين وهو البيت فاذا نوردعوا باليينة يحكم بالبيت للمدعى

فصل واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه (قوله في الأول الى قوله وفي الثالث) أقول أراد بالاول قوله استحقاق بعض معين وأراد بالثاني قوله واستحقاق بعض شائع في النصيبين وأراد بالثالث قوله واستحقاق بعض شائع في أحد النصيبين (قوله في الأول لا يفسخ القسمة بالاتفاق) أقول في شرح الوقاية أصدر الشريعة ما يوافق ونص عبارته وان استحق البعض من نصيب كل واحد فان كان شائعا فسخت القسمة وان كان معيناً لم يذكر هذه المسئلة فأقول لا يفسخ القسمة بل يجعل هذا المستحق كأن لم يكن فان كان الباقي في يد كل واحد بمقدار نصيبه فلا رجوع لأحدهما على صاحبه وان نقص من نصيب أحدهما رجع بالحصة كما اذا كانت الدار نصفين والمستحق عشرة أذرع خمسة من نصيب هذا وخمسة من ذلك فلا رجوع وان كانت أربعة من هذا وستة من ذلك يرجع الثاني على الأول بذراع وفي غاية البيان والحاصل أن المسئلة على ثلاثة أوجه ففي استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فيهما جميعا لا تنتقض القسمة بالاتفاق انتهى (قوله ليس ينص في ذلك) أقول لكنه ظاهر فيه ويكتفي بذلك للمصنف (قوله لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما) أقول الأصل في أمثاله تعلقه بالمضاف على ما بين ثم الحل على التأسيس خير من التأكيد فتأمل

لا يعض فيكون تقدير كلامه وإذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لافي المعين لابي يوسف رحمه الله ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمه بدون رضاه باطله لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضي على القسمه لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي وصار كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين في انعدم معنى القسمه وهو الافراز اما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح وأما (٣٤) في النصيب الآخر فلا بد من الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين فان

باستحقاق بعض معين بقي الافراز فيما وراءه لكنه يتخير ان شاء نقض القسمه من الاصل لانه ما رضى بها الاعلى تقدير المعادلة وقد فانت ولهما ان معنى الافراز لا ينععدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما لانه لا يوجب الشروع في نصيب الآخر ولهذا جازت القسمه على هذا الوجه في الابتداء بان كانت دار نصفين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر والنصف المقدم من هذا النصف لواحد منهم والنصف الاخرين اثنين على السوية والنصف المؤخرين هذين الاثنين على السوية أيضا فاقسما الاثنين على أن يأخذ أحدهما نصيبهما من المقدم وربيع المؤخر وإذا جاز ابتداء جاز انتهاء بطريق الاولى وصار كما استحقاق بيت معين في عدم انتفاء معنى الافراز بخلاف الشائع في النصيبين فانه لو بقيت القسمه لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين أما ههنا فلا ضرر للمستحق

لا ييوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمه بدون رضاه باطله كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينععدم معنى القسمه وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما أن معنى الافراز لا ينععدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما ولهذا جازت القسمه على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشترك بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لاشركة غيرهما فيه فاقسما على أن لا أحدهما مالهما من المقدم وربيع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كما استحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمه لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين أما ههنا فلا ضرر بالمستحق فافترقا

خليفة وأبي يوسف في استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما وهكذا ذكر الاختلاف في الاسرار قال صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهواً والآن هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكراراً بلفظ الشائع غير مرة انتهى أقول وتعدية الحوالة بكلمة الى في قول صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهواً أيضاً والمطابق للغة تعديتها بكلمة على وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب النهاية بعين عبارته وأقول وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه أيضاً نظراً فان قول القدروري وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس ينص في ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقاً بنصيب أحدهما لا ببعض فيكون تقرير كلامه وإذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لافي المعين انتهى أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان كلام القدروري ان لم يكن نصافهما جل عليه المصنف فهو ظاهر فيه بحيث لا يشبهه على أحد من فحول العلماء لان قوله بعينه لم يكن متعلقاً ببعض كان البعض المذكور في هاتيك المسئلة مبهماً فلا بد من أن المراد به البعض المعين أو الشائع فيجوز وضع المسئلة وأيضاً لو كان قوله بعينه متعلقاً بقوله نصيب أحدهما كان مجرداً تماماً كيدبل صار بمنزلة اللغو في مثل هذا المقام وأما اذا كان متعلقاً ببعض يكون تأسيساً مفيداً للمراد مني لا لالهام فاني هذا من ذلك على أن الاصل في أمثال هذا التركيب تعلق القيد بالمضاف دون المضاف اليه كما بين في محله فتبين أن كلام القدروري ظاهر فيما جل عليه المصنف وقد تقرر في علم الاصول أن الظاهر يوجب الحكم قطعاً كالنص على أحدهم معني القطعي وهو ما يقطع الاحتمال الناشئ عن دليل الا أن التفاوت بينهما أي بين الظاهر والنص انما يظهر عند التعارض فيقدم النص على الظاهر عنده ولم يعارض الظاهر هنا نص فوجب الحكم بموجبه (قوله لابي يوسف ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمه بدون رضاه باطله) قال صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة أعني قوله والقسمه بدون رضاه باطله لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضي على القسمه لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي انتهى وما أخذ تعليله هذا ما نقله صاحب غايه البيان عن الامام علاء الدين الأسيجاني حيث قال وقال شيخ الاسلام علاء الدين الأسيجاني في شرح الكافي وضع المسئلة فيما اذا تراضي على القسمه لانه اعتبر القيمة والقسمه بالقيمة عند أبي حنيفة لا تصح الا عن تراض انتهى وأورد بعض الفضلاء على قول صاحب العناية لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضي على القسمه حيث

(قوله لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضي على القسمه) أقول لا حاجة الى القول بوضع المسئلة في صورة التراضي وصورة فانها اذا كانت بقضاء القاضي يبطل أيضاً اذا لم يررض الغائب على ما يجي في شرح قوله ولو أبرأه الغرماء (قوله لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي) أقول فيه بحث فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القيمة بقضاء القاضي أيضاً بل اعتبارها فيها كدولهذا لو كان بالغيب الفاحش في أحد الطرفين يفسخ على ما مر في الدرس السابق (قوله فاقسما الاثنين) أقول الظاهر أن يقال فاقسما الاثنين

صاحب المقدم نصفه)
يعني النصف من الثلث
المقدم الذي وقع في نصيب
أحدهما ثم استحق النصف
الثاني رجوع ربع ما في يد
الآخر عندهما لما ذكرنا
يعني من قوله لأنه لو استحق
كل المقدم رجوع بنصف
ما في يده إلى قوله اعتبارا
للجزء بالكل وسقط خياره
بيع البعض في فسخ
القسمه لأن الفسخ انما يرد
على ما ورد عليه القسمه
وقد فات بعض ذلك بالبيع
وعند أبي يوسف رحمه الله
ما في يد صاحبه بينهما
نصفان ويضمن قيمة نصف
ما باع لصاحبه لأن القسمه
تنقلب فاسدة عنده
فيقتسمان الباقي بعد
الاستحقاق قوله (والمقبوض
بالعقد الفاسد) جواب عما
يقال ينبغي أن ينقض
البيع لأنه بناء على القسمه
الفاسدة والبناء على الفاسد
فاسد ووجهه أن القسمه
في معنى البيع لوجود
المبادلة وإذا كانت فاسدة
كانت في معنى البيع
الفاسد والمقبوض
بالعقد الفاسد مملوك
فينفذ البيع فيه وهو
مضمون بالقيمة تعذر
الوصول إلى عين حقه
لمكان البيع فيضمن نصف
نصيب صاحبه

وصورة المسئلة إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتها سواء ثم
استحق نصف المقدم فعندهما أن شاء نقض القسمه دفعا لعيب التوقيص وإن شاء رجوع على صاحبه
ربع ما في يده من المؤخر لأنه لو استحق كل المقدم رجوع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجوع بنصف
النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي شائعا
رجوع ربع ما في يده الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند أبي يوسف ما في يد
صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لأن القسمه تنقلب فاسدة عنده والمقبوض
بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه قال

قال لا حاجة إلى القول بوضع المسئلة في صورة التراضي فإنها إذا كانت بقضاء القاضي تبطل إذا لم يرض
الغائب على ما يجي في شرح قوله ولو أبرأ الغرماء انتهى أقول ليس ذلك بصحيح إذ لا شك أن القسمه بين
الورثة إذا كانت بقضاء القاضي لا تبطل بعدم رضا الغائب ألا يرى إلى ما مر في الكتاب في أوائل كتاب
القسمه من قوله وإذا حضر وارثان وأقاما البيعة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث
غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكيل لا يقبض نصيبه انتهى ولو بطلت القسمه
بعدم رضا الغائب لما سأل القاضي القسمه في تلك الصورة بمجرد طلب الحاضرين ثم إن قوله على ما يجي
في شرح قوله ولو أبرأ الغرماء ليس بمحوالة راجحة إذ لا تنفي في شرح ذلك ما توهم بطلانها سوى قول صاحب
العناية بخلاف ما إذا ظهر وارث أو الموصي له بالثلث أو الربع بعد القسمه وقالت الورثة نحن نقضى
حقهما فإن القسمه تنقض إن لم يرض الوارث أو الموصي له لأن حقهما في عين التركة فلا ينقل إلى مال آخر
الأبرضا ما انتهى لكن المراد بانتقاض القسمه في صورة ظهور الوارث أو الموصي له انتقاضها في قدر
حقهما من عين التركة لا انتقاضها في مجموع التركة بالكلية بحيث يحتاج إلى الاستئناف كما هو قول أبي
يوسف فيما نحن فيه أو المراد بانتقاضها بالكلية أيضا لكن في صورة القسمه بالتراضي دون القسمه بقضاء
القاضي إذ لا تنقض القسمه بالكلية فيما إذا ظهر وارث أو الموصي له إذا كانت القسمه بقضاء القاضي
نص عليه في البداية حيث قال فيه موجب نقض القسمه بعد وجودها أنواع منها ظهور دين على الميت
إذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواء ولا قضاء الورثة من مال أنفسهم ثم قال ومنها ظهور الوصية
لأن الموصي له شريك الورثة ألا يرى أنه لو هلك من التركة شيء قبل القسمه لهلك من الورثة والموصي
له جميعا والباقي على الشريك بينهم ولو اقتسموا وعة وارث غائب تنقض فكذا هذا وقال وهذا إذا كانت
القسمه بالتراضي فإن كانت بقضاء القاضي لا تنقض لأن الموصي له وإن كان كواحد من الورثة لكن
القاضي إذا قسم عند غيبة أحد الورثة لا تنقض قسمته لأن القسمه في هذا الموضع محل الاجتهاد وقضاء
القاضي إذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض ثم قال ومنها ظهور الوارث حتى لو اقتسموا ثم ظهر أن
ثمة وارثا آخر نقضت قسمتهم ولو كانت القسمه بقضاء القاضي لا تنقض لما ذكرنا إلى هنا لفظه ثم إن
ذلك البعض أورد أيضا على قول صاحب العناية لأنه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي حيث قال فيه
بحث فإن القيمة معتبرة فيما إذا كانت القسمه بقضاء القاضي أيضا بل اعتبارها فيه أكد ولهذا لو كان
بالعين الفاحش في أحد الطرفين تفسخ على ما مر في الدرس السابق انتهى أقول هذا أيضا ليس بصحيح
لأن القسمه بالقيمة لا تصح عند أبي حنيفة أصلا إلا عن تراض وهذا مع كونه مما نص عليه شيخ
الاسلام علاء الدين الأسيجي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بصدديان وضع هذه المسئلة كما ذكرناه
من قبل ظاهر من أصل أبي حنيفة في كثير من المسائل المتقدمة في الكتاب فاعتبار القيمة في هذه المسئلة
على قول أبي حنيفة وغيره كما يقتضيه نص ويراها المذكور في عامة الكتب حتى في كتب محمد رحمه الله
يدل على أن وضعها فيما إذا تراضيا على القسمه لا فيما إذا كانت بقضاء القاضي فقوله فإن القيمة

(قال المصنف لأن القسمه
تنقلب فاسدة عنده) أقول

يعني في حق المقاسم لا في حق المستحق فلا تخالف لما مر من أن القسمه بدون رضا باطلة

(ع - تكمله ثامن)

قال (ولو وقعت القسمة الخ) ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ولم توف الورثة من مالهم ولم يبرأ الغرماء ردت القسمة لان الدين يمنع وقوع الملك للوارث حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبود وهو ذورحم محرم لوارث لم يعتق وكذا اذا كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة الاذا بقي (٣٦) من التركة ما بقي من الديون وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء

حقهم ولو أبرأ الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم جازت القسمة أي تبين جوازها سواء كان الدين محيطا أو غير محيط لان المانع قد زال بخلاف ما اذا ظهر له وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضى حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرث الوارث أو الموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاهما وعلى هذا الوادي أحد المتقاسمين بعد القسمة ديناً على الميت صح ولو ادعى عيناً لم يصح لان الدين يتعلق بمالية التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يتناقض في دعواه بالاقدام على القسمة ودعوى العين تتعلق بالصورة والقسمة تصادفها فالأقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركاً ودعوى الخصوص يناقضه واقتال أن يقول ان لم تكن دعوى الدين باطلة لعدم التناقض فلنكن باطلة باعتبار أنها اذا صححت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعي في نقض

(ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة) لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الاذا بقي من التركة ما بقي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو أبرأ الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم والدين محيط أو غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال ولو ادعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذا الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عيناً بأي سبب كان لم يسمع للتناقض اذا الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركاً

معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضي أيضاً ان أراد انها معتبرة عند أبي حنيفة في صورة القضاء أيضاً ليس كذلك وان أراد به انها معتبرة في صورة القضاء أيضاً عند غير أبي حنيفة فلا يجدي شيئاً فان عدم اعتبارها عند أبي حنيفة كاف في تمام ما قاله صاحب العناية وقوله بل اعتبارها فيها كعدم الاصابة لان تحقق الغبن الفاحش لا ينحصر في أن يكون قيمة أحد الطرفين أكثر من قيمة الآخر بل قد يتحقق الغبن بكون عين أحد الطرفين أكثر من عين الآخر من جهة الوزن أو الكيل أو الذرع أو العدد مما يليق بحس المقسوم فأبو حنيفة يعتبر في عين القسمة بالقضاء المتفاوت في العين باحدى الجهات المذكورة دون التفاوت في القيمة وما مر في الفصل السابق من مسألة فسخ القيمة بالغبن الفاحش لا يدل على كون الغبن من جهة القيمة البتة بل قد ذكر هناك في بعض الشروح للغبن مثال هو صريح في التفاوت في العين بان يقال وان اقسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصاب الآخر خمس وأربعون شاة فادعى صاحب الاكثر الغبن الى آخر المسئلة (قوله ولو ادعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذا الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول ان لم تكن دعواه باطلة لعدم التناقض فلنكن باطلة باعتبار انها اذا صححت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ماتم من جهته والجواب انه اذا ثبت الدين بالبيينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى أقول في الجواب بحث لانه اذا ثبت الدين بالبيينة فان لم تكن القسمة تامة من حيث أصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهة حيث رضى بها أولاً فلزم السعي في نقض ماتم من جهته ومدار السؤال عليه فان السعي في نقض ماتم من جهته غير مقبول على قاعدة الشرع كما عرف في تطايره واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال أنت خير بربان استماع البيينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ماتم من جهته فكيف تسمع البيينة والاولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتنامل انتهى كلامه أقول وأنت خير بربان كون استماع البيينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس غير مفيد ههنا فان المجيب لا يقول ان هذه الدعوى غير صحيحة في ابتداء الامر ثم تبين صحة اعادة البيينة بل يقول انها صحيحة في الابتداء بناء على عدم تقرر تمام القسمة بل احتمال ثبوت الدين بالبيينة قال جوابه منع استلزامها ذلك كما أشار اليه بقوله فلا يلزم ذلك فالقاطع لعرق ذلك الجواب ما ذكرناه من أن لزوم السعي في نقض ماتم من جهته أمر مقرر لا مرد له بثبوت الدين بالبيينة وانما الذي لا يلزم تمام القسمة من حيث أصل الاستحقاق وذلك لا يدفع السؤال المزبور ثم ان قول ذلك البعض

ماتم من جهته والجواب أنه اذا ثبت الدين بالبيينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك

فصل

(قوله والجواب أنه اذا ثبت الدين بالبيينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك) أقول أنت خير بربان استماع البيينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ماتم من جهته فكيف تسمع البيينة والاولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتنامل

فصل في المهايأة لما فرغ من بيان أحكام قسمة الاعيان شرع في بيان أحكام قسمة الاعراض وهي المهايأة وأخرها عن قسمة الاعيان لكونها فرعاً عليها وأحال أن الترجمة بالباب أولى لأن الكلام في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهايأة ليست منهما لكن باب من كتاب القسمة ويجوز أن يقال إنها فصل من كتاب القسمة وفيه ما فيه والمهايأة مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للشيء وللشيء وقد تبدل الهمة ألفاً وتحقيقه أن كلامهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها وأن (٢٧)

فصل في المهايأة المهايأة جائزة استحساناً للحاجة اليه إذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبهه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضى كما يجري في القسمة لأن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة لأنه جمع المنافع في زمان واحد والنهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لأنه أبلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لأنه أبلغ ولا يبطل النهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما لأنه لو انتقض لاستأنفه الحاكم فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف (ولو نهايأ في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا أسفلها جاز) لأن القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة

والأولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فما لا ينبغي أن يتفهمه العاقل فضلاً عن مثل ذلك القائل لأن الكلام فيما إذا لم يظهر له مال آخر ولم يؤده سائر الورثة إذا الحكم فيما أبقى من التركة بعد القسمة ما يني بالدين أو أداء الورثة من مالهم قد مر في المسئلة المتقدمة مفصلاً

فصل في المهايأة لما فرغ من بيان أحكام قسمة الاعيان شرع في بيان أحكام قسمة الاعراض التي هي المنافع وأخرها عن قسمة الاعيان لكون الاعيان أصلاً والمنافع فرعاً عليها ثم إن المهايأة في اللغة مفاعلة مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للشيء وإبدال الهمة ألفاً لغة فيها والنهايؤ تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به وحقيقته أن كلامهم يرضى بحالة واحدة ويختارها يقال هايا فلان فلانا وتهايا بالقوم وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع كذا في الشروح (قوله المهايأة جائزة استحساناً للحاجة اليه) قال الشراح والقياس يأبى جوازها لأنها مبادلة المنفعة بجنسها إذ كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضاً عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته اه أقول فيه شئ وهو أن ما ذكره في وجه إبقاء القياس جوازها إنما يتم في صورة التهايؤ من حيث الزمان بأن ينتفع أحدهما بعينه واحدة مدة وينتفع الآخر به مدة أخرى لا في صورة التهايؤ من حيث المكان كما إذا نهايا في دار على أن يسكن أحدهما ناحية والاخر ناحية أخرى منها فإن التهايؤ في هذه الصورة أفرأز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت كما سيجي في الكتاب عن قريب والظاهر من تقريراتهم كون جواز التهايؤ على الإطلاق أمر استحسانياً مخالفاً للقياس وما ذكره في بيانه لا يفي بذلك كما ترى (قوله الآن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة لأنه جمع المنافع في زمان واحد والنهايؤ جمع على التعاقب) أقول في كنية هذا التعليل نظر إذ قد صرحوا بأن التهايؤ قد يكون من حيث الزمان وقد يكون من حيث المكان وسبب أني في ذلك الكتاب أيضاً والجمع على التعاقب إنما هو في التهايؤ من حيث الزمان وأما في التهايؤ من حيث المكان فينتج ق جمع المنافع في زمان واحد كما سبقه نعم إن القسمة في الاعيان أقوى بل أقرب من مطلق التهايؤ الذي هو قسمة المنافع لحصول التملك في الأولى من حيث

الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الأول وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة استحساناً والقياس يأبى لأنها مبادلة المنفعة بجنسها إذ كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضاً عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته لكننا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها وللحاجة اليها إذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبهه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضى إذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجري في القسمة الآن القسمة أقوى منها في استكمال المنفعة لأنه جمع المنافع في زمان واحد والنهايؤ جمع على التعاقب ولهذا أي ولو كون القسمة أقوى إذا طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لأنه أبلغ في التكميل ولو وقعت

فما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة ولا تبطل المهايأة بموت أحدهما ولا بموتهما لأنه لو انتقضت لاستأنفه الحاكم لجواز أن يطلب الورثة المهايأة فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف ولو نهايا في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا أسفلها جاز لما ذكر في المتن

فصل في المهايأة (قوله لأنها مبادلة المنفعة بجنسها) أقول يعني نسيئة

فالتباؤ في هذا الوجه وهو
أن يسكن هذا في جانب
من الدار ويسكن هذا في جانب
آخر منها في زمان واحد
افراز لا مبادلة لتحقيق معناه
فإن القاضى يجمع جميع
منافع أحدهما في بيت
واحد بعد أن كانت شائعة
في البيتين وكذلك في حق
الآخر ولهذا لا يشترط فيه
التأقيت ولو كان مبادلة
كان عليك المنافع بالعوض
فيلحق بالاجارة ويشترط
التأقيت قيل (قوله ولكل
واحد أن يستغل ما أصابه)
يجوز أن يكون توضيحا
لكونه افرازاً فإنه إذا كان
افرازاً كانت المنافع حادثة
على ملكه ومن حدثت
المنافع على ملكه جاز أن
يستغل وإن لم يشترط في
العقد ذلك وهو ظاهر
المذهب ذكره شمس الأئمة
السرخسي رحمه الله وفيه
تظلاله لو كان مبادلة كان
كذلك أيضاً والاولى أن
يكون ابتداء كلامي
قول من يقول انهما إذا
تباؤا ولم يشترط بالاجارة في
أول العقد لم يملك أحدهما
أن يستغل ما أصابه

(قوله يجوز أن يبدون
توضيحا إلى قوله ومن
حدثت المنافع على ملكه
جاز أن يستغل وإن لم يشترط
في العقد ذلك) أقول
منقوض بالاعارة

والتباؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لمبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت (ولكل واحد أن
يستغل ما أصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد أول يشترط) لحدوث المنافع على ملكه

الذات والمنفعة وفي الثاني من حيث المنفعة فحسب (قوله والتباؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء
لا مبادلة) ولهذا لا يشترط فيه التأقيت هذا إيضاح أنه افراز لأنه لو كان مبادلة كان عليك المنافع بالعوض
فيلحق بالاجارة حينئذ فيشترط التأقيت كذا في السروح أقول لقائل أن يقول إن أراد أنه لو كان
مبادلة من كل وجه كان ملحقاً بالاجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط في الاجارة فهو مسلم
لمكن لا يلزم من عدم كونه مبادلة من كل وجه كونه افرازاً من وجه حتى يثبت كونه افرازاً لجميع
الانصباء لجواز أن يكون افرازاً من وجه ومبادلة من وجه بأن يكون افرازاً للنصيب كل واحد منهما
من المنفعة في الناحية التي يسكن فيها ومبادلة لنصيبه منها في الناحية الأخرى بنصيب الآخر في
الناحية التي يسكن فيها كما ظاهراً في قسمة الاعيان على ما مر في صدر كتاب القسمة أنها لا تعرى عن
المبادلة والافراز لان ما يجمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضاً عما
بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازاً وان أراد أنه لو كان مبادلة ولو بوجه كان ملحقاً
بالاجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط في الاجارة فهو ممنوع لان الاجارة مبادلة بالمنفعة بالعوض
من كل وجه فلا يلزم من اشتراط التأقيت فيها اشتراطه فيما هو افراز من وجه ومبادلة من وجه قال
صاحب العناية في تعليل قول المصنف والتباؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء فإن القاضى
يجمع جميع منافع أحدهما في بيت واحد بعد أن كانت شائعة في البيتين وكذلك في حق الآخر
انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة في شرح هذا المقام أقول فيه نظر لان جمع المنافع
الشائعة في البيتين في بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل إلى محل آخر كما تقر في
محله فكيف يتمكن القاضى من جمعها فان قلت ليس المراد أن القاضى يجمعها حقيقة حتى يتوجه
ما ذكر بل المراد أن القاضى يعتبر جمعها الثلاث يكون ذلك التباؤ مبادلة فيشترط فيه التأقيت كما أشار
إليه المصنف بقوله ولهذا لا يشترط فيه التأقيت قلت اشتراط التأقيت فيه ليس بأصعب من اعتبار
المحال متحققاً حتى يرتكب الثاني لاجل دفع الاول وأيضاً اعتبار المحال متحققاً ليس بأولى وأسهل من
عدم اعتبار شرط الاجارة ههنا للضرورة حتى يرتكب الاول دون الثاني وترك كثير مما يمتد في الشرع
لاجل الضرورة شائع في قواعد الشرع ألا يرى إلى ما ذكره وأقسامه أن القياس بأبي جواز
التباؤ لأنه مبادلة بالمنفعة مجنسها وهي لا تجوز عندنا على ما تقر في كتاب الاجارات لكننا كنا القياس
فيه لضرورة حاجة الناس اليه على أن لزوم اشتراط التأقيت فيه على تقدير عدم اعتبار جمع الانصباء
في بيت واحد ممنوع لأنه انما يلزم ذلك أن لو كان التباؤ في الوجه المذكور مبادلة من كل وجه وأما إذا
كان افرازاً من وجه ومبادلة من وجه فلا يلزم ذلك لان اشتراط التأقيت فيما هو مبادلة من كل وجه
كما قررناه من قبل (قوله ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد أول يشترط
لحدوث المنافع على ملكه) قال تاج الشريعة فان قلت المنافع في العارية تحدث على ملك المستعير ومع
هذا لا يملك الاجارة قلت لجواز أن يسترده المغير قبل مضي المدة فلا فائدة انتهى أقول جواز الاسترداد
قبل مضي المدة ههنا أيضاً متحقق اذ قدم في الكتاب أنه لو وقعت المهاياة فيما يحتمل القسمة ثم طلب
أحدهما القسمة بنفسه وبطل المهاياة لتكون القسمة أبلغ فمع احتمال أن يطلب الآخر القسمة وبطل
المهاياة قبل مضي المدة كيف يملك كل واحد منهما أن يستغل ما أصابه بالمهاياة بناء على حدوث
المنافع على ملكه ولا فائدة في الاستغلال على تقدير طلب الآخر القسمة قبل مضي المدة كما في صورة

(ولو تهايا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا) ولم يذكر أن هذا افرازا ومبادلة لانه عطفه على صورة الافرازا فكان معلوما فاذا كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتت أسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا يتفرد أحدهما بهذه المهايأة واذا طلب أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل أجبر عليها وقيل تعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لانه لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانما يحرم بالنساء والاول أصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض ور بالنساء ثابت عند أحد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره وان كانت في المجلس المختلف كالدرور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاهما لان

(٢٩)

المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا في قسمة المنافع ولو اختلفا في التهاياؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملها كالدار مثلا بان يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها والاخر يطلب أن يسكن جميع الدار شهرا وصاحبه شهرا آخر بأمرهما القاضي أن يتفقا لان لكل واحد منهما حرية فلا ترجح لاحدهما اذا التهاياؤ في المكان أعدل لاستواءهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لاحدهما على الآخر وفي الزمان أعدل لان كلاهما ما ينتفع بجميع جوانب الدار في فوته فلا بد من الاتفاق دفعا للحكم فان اختاراه

(ولو تهايا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير) لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا (ولو اختلفا في التهاياؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملها ما يأمرهما القاضي بأن يتفقا) لان التهاياؤ في المكان أعدل وفي الزمان أعدل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق (فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية) نفيا للتممة (ولو تهايا في العبدین على أن يخدم هذا هذا العبد والاخر الآخر جاز عندهما) لان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبراً من القاضي وبالتراضي فكذا المهايأة وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده

الاستعارة (قوله ولو تهايا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا) قال صاحب العناية ولم يذكر أن هذا افرازا ومبادلة لانه عطفه على صورة الافرازا فكان معلوما انتهى أقول ليس هذا بسديد لانه ان أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الافرازا أنه أيضا افرازا بناء على أن المعطوف في حكم المعطوف عليه فليس يصحح لان مجرد العطف لا يقتضي اشتراك المعطوفين في جميع الاحكام الأبرى أن كثير من المسائل المتباينة في الاحكام يعطف بعضها على بعض على أن التهاياؤ في العبد الواحد وفي البيت الصغير يؤول من حيث الزمان ولا مجال في مثل ذلك لان يكون افرازا كما يفهم من أدلة المسائل الآتية سيما من الفرق بين التهاياؤ على الاستغلال في دار واحدة والتهاياؤ على الاستغلال في الدارين وان أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الافرازا أنه ليس بافرازا بناء على لزوم التباين بين المعطوف والمعطوف عليه فليس يصحح أيضا اذ يكفي في العطف المغايرة بينهما بحسب الذات ولا يلزم فيه المغايرة بينهما في جميع الاوصاف والاحكام حتى يتم ما ذكره وبالمجمل لا دلالة للعطف ههنا على كون المذكور بطريق العطف من قبيل الافرازا والمبادلة فالتثبت بحديث العطف ههنا على المعنى له أصلا كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتت أسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه حتى لا يتفرد أحدهما بهذه المهايأة واذا طلبها أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل أجبر عليها وقيل تعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لانه لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانما يحرم بالنساء والاول أصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض ور بالنساء ثابت عند أحد وصفي العلة بالنص على

من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتممة (قوله ولو تهايا في العبدین) واضح وقوله (وقيل عند أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم) أي قال بعض المشايخ رحمه الله عنه وقوله (وهكذا روي عنه) يعني روي الخصاص عنه مثل ما قال بعض المشايخ

(قوله ولم يذكر الى قوله فكان معلوما) أقول فيه بحث (قوله فان كانت المهايأة) أقول من حيث الزمان (قوله فيما هو مبادلة على الاعيان من كل وجه) أقول قوله من متعلق بالمبادلة لا بالاعيان (قوله فلا يتعدى الى غيره) أقول قيل اجارة السكنى بالسكنى ليست مبادلة الاعيان فينبغي أن يجوز (قوله وان كانت في الجنس المختلف كالدرور والعبيد يتعين مبادلة من كل وجه الخ) أقول فينبغي أن لا يجوز كاجارة السكنى بالسكنى ثم هو مخالف لقول المصنف بعد أشهر ويعتبر افرازا وجوابه ظاهر فان ذلك ليس من حيث الزمان بل في المكان (قوله بان يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها الخ) أقول الاولى أن لا يعين المقدم والمؤخر

والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً على ما تقدم (ولو تباين ما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز) استحساناً للمساخة في اطعام المالك بخلاف شرط الكسوة لا يسامح فيها (ولو تباين دارين على أن يسكن كل واحد منهما مادار اجاز ويجبر القاضي عليه) وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتباراً بالقسمة وعن أبي حنيفة انه لا يجوز التباين بينهما أصلاً بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه يبيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز وجه الظاهر أن التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجرى فيه جبر القاضي ويعتبر افراراً أما يكثر التفاوت (٢) في أعيانهم ما فاعتبر بمبادلة (وفي الدابتين لا يجوز التباين على الركوب عند أبي حنيفة وعندهما يجوز) اعتباراً بقسمة الاعيان وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الرابين فانهم بين حاذق وأخرق والتباين في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها وأما التباين في الاستغلال فيجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز

خلاف القياس فيما هو بمبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره انتهى أقول هذا الذي ذكره مأخوذاً من الذخيرة والمبسوط وقد ذكر في النهاية ومراجع الدراية أيضاً نوع تفصيل ولكن فيه بحث وهو أنه قد مر في كتاب الاجارات أن اجارة المنافع يجنسها كاجارة السكنى والبس باللبس والركوب بالركوب غير صحيحة عندنا وقالوا في تعليل ذلك ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسبة وقال المصنف هناك واليه أشار محمد رحمه الله تعالى فلو كان ربا النساء عند وجود أحد وصفي العلة وهى القدم مع الجنس مختصاً بمورد النص وهو البيع غير متعدى الى غيره لما تم استدلالاً أعتنى في الاجارات على عدم صحة اجارة المنافع بجنسها بربا النساء نعم لناديل آخر على عدم صحة ذلك كما مر أيضاً في الكتاب هناك لكن الكلام في الدليل الاول الذي ارتضاه قول الفقهاء قاطبة حتى أشار اليه محمد رحمه الله تعالى وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وان كانت في الجنس المختلف كالدرور والعبيد تعتبر بمبادلة من كل وجه حتى لا تجوز بدون رضاهما لان المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت بمبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع انتهى أقول وهذا أيضاً مأخوذاً من الكتب المذكورة ولكنه محل بحث أيضاً أما أولاً فلانه قد ذكر في الكتاب من قبل أن التباين من حيث المكان افراراً لجميع الانصباة لمبادلة ولهذا لا يشترط فيه التافيت ولا يخفى أن التباين في الجنس المختلف انما يتصور بان انتفع أحد الورثة بأحد الاجناس والآخر بالآخر كما في الدور والعبيد فيصير من قبيل التباين من حيث المكان فكيف يتم القول بأن المهايأة ان كانت في الجنس المختلف تعتبر بمبادلة وأما ثانياً فلانه لو اعتبرت المهايأة في الجنس المختلف بمبادلة من كل وجه لكانت المهايأة في الدور كاجارة السكنى بالسكنى وفي العبيد كاجارة الخدمة بالخدمة ومثل ذلك لا يجوز عندنا كما نقرر في الاجارات اللهم الا أن يكون مجموع قوله كالدرور والعبيد مثلاً واحداً فالمراد مثل أن يتباين على أن يسكن أحدهما الدور ويستخدم الآخر العبيد لكنه بعيد جداً سيما في مقابلة قوله من قبل كما في الثياب والاراضى وأما ثالثاً فلان قوله وقسمة الاعيان اعتبرت بمبادلة من كل وجه ممنوع اذ قد تقرر في صدر كتاب القسمة أن قسمة الاعيان مطلقاً لا تعرى عن معنى الافراز ومعنى المبادلة الا أن معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال غير أن ذلك الغير ان كان من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وان كان أجناساً مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار خفش التفاوت في المقاصد اللهم الا أن يقال

وقوله (والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضاً) قال الكرخي معنى قول أبي حنيفة أن الدور لا تقسم أى ان القاضي لا يقسمها فان فعل جازو على هذا يجوز القسمة في الاصول فكذا في المنافع وتعليل الكتاب وهو قوله (لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت) أوجه لبقاء قوله في الاصول بلا تأويل وقوله (ولو تباين فيهما) واضح

(قوله قوله في الاصول) أقول أى قول أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم الدور (قوله بلا تأويل) أقول على ما ذكره الكرخي

(٢) قول صاحب الهداية أما يكثر التفاوت الخ وجد بهامش الاصل حتى العبارة أما التفاوت فيكون في أعيانها لان أملايلها الا الاسم اه مصححه

وقوله (والتي يؤول في الخدمة جواز ضرورة) جواب عن قولهما اعتبارا بالتي يؤول في المنافع وبيان الضرورة ما نذكره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لا مكان قسمتها لكونها أعيانا فاستغلانها على طريق الشركة ثم يقسمان ما حصل من الغلة ولقائل أن يقول عمل جواز التي يؤول في المنافع بقوله من قبل لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وغلة هنا ضرورة تعذر القسمة وفي ذلك نوارد علتين مستقلتين على (٣٣) حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بان المذكور

من قبل تمتع هذا التعليل لأن غلة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لأن كل واحد منهم اعلة مستقلة وقوله (ولان الظاهر) وجه آخر لا بطل القياس ولا يجوز في الدائنين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب وهو قوله اعتبارا بقسمة الاعيان الخ وقوله (ولو كان فخل أو شجر الخ) واضح

(كتاب المزارعة)

لما كان الخارج في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المصنف رحمه الله معناها لغة وشريعة فأغننا عن ذكره وسببه سبب المعاملات وشرعيته مختلف فيها قال (قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة) وانما قيد بالثلث والربع لتبيين محل النزاع لأنه لو لم يعين أصلا أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع (وقالا هي جائزة لما روى

والتي يؤول في الخدمة جواز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لا مكان قسمتها لكونها أعيانا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يقاسان (ولا يجوز في الدائنين عنده خلافا لهما) والوجه ما بيناه في الركوب (ولو كان فخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتبايا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها أو يرعاها ويشرب البانها لا يجوز) لان المهاباة في المنافع ضرورة انما لا تبقى فتعذر قسمتها وهذه أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي فوته أو ينتفع بالبن بمقدار معلوم استقرضه انصيب صاحبه انقرض المشاع جائز

(كتاب المزارعة)

(قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة) اعلم أن المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع يبيع الخارجه وهي فاسدة عند أبي حنيفة وقالاهي جائزة لما روى أنه النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع

اذ لا يخفى أن المقصود من إيراد العال المتعددة في أمثال هذا المقام هو التنبية على أن كل واحدة منهما تصلح لإفادة المدعى بالاستقلال بدلا عن الأخرى وفائدة ذلك بيان طرق مختلفة موصلة إلى المطلوب ليسلان الطالب أي طريق شاه وأما الثاني فلان الظاهر من تعليل المصنف بأحدى العلتين المذكورتين في كل من الموضعين المتفرقين أن يكون كل واحدة منهما مفاعلة مستقلة ولا يلزم أن لا يفيد شيئا منهما المدعى في مقامه ضرورة عدم حصول المطلوب بمجرد العلة على أن استقلال كل واحدة منهما ما في الإفادة غير أمافلة التفاوت فلا أن القليل في حكم العدم في عامة أحكام الشرع وأما ضرورة تعذر القسمة فلان الضرورات تنبع المحظورات على ما عرف ولت شمرى ماذا يصنع الشارح المزبور في قول المصنف فيما بعد ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة إلى آخره وقد اعترف بأنه وجه آخر لا بطل القياس وكذا في تطاير ذلك من الأدلة المتعددة المذكورة في كثير من المسائل فهل يجعل كل واحدة منهما مفاعلة مستقلة والله الموفق للصواب

(كتاب المزارعة)

لما كان الخارج من الأرض في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة كذا في الشروح (قوله قال أبو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة) قال في العناية انما قيد بالثلث والربع لبيان محل النزاع لأنه لو لم يعين أصلا أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع انتهى أقول يرد على ظاهر أن المزارعة بالنصف وبالحجر وبغيرهما من الكسور محل النزاع أيضا فكيف يتبين بالتقيد بالثلث والربع محل النزاع فالوجه ما ذكر في سائر الشروح من أنه انما قيد بالثلث والربع مع أنه لا يجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركا بلفظ الحديث فإنه جاء في الحديث أنه عليه السلام نهى عن الخبارة فقبل وما الخبارة قال المزارعة بالثلث والربع وانما خص في الحديث بذلك لكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير انتهى والذي يمكن في توجيهه ما في العناية أن المقصود بقوله انما قيد بالثلث والربع مقابلة

ولأنه

أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع

(قوله وفي ذلك نوارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل) أقول فيه تأمل (قال المصنف انقرض المشاع جائز) أقول نعم لكن تأجيل القرض ليس بجائزا لأن يقال ليس قرضا من كل وجه

ولما ذكر في الكتاب من القياس وقوله (لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها) يعني لأنه تخلل فعل فاعل مختار وهو أكل الحيوان فيضاف إليه وإذا كان مضافاً إليه لا يضاف إلى غيره وهو العامل فلم يتحقق فيه الشركة (ولأن حنيفة رحمه الله ما روى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخاربة) فقيل وما المخاربة قال المزارعة بالثلث أو الربع (ولأنه استجار ببعض ما يخرج من عمله) فانه لا تصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارة (فتكون في معنى قفيز الطحان ولأن الاجر مجهول) على تقدير وجود الخارج فانه لا يعلم أن نصيبه الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أقدرة أو أقل منه أو أكثر (أو معدوم) على تقدير عدم الخارج (وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خير كان خراج مقاسمة) وهي أن يقسم الامام ما يخرج (٣٣) من الارض وكان (بطريق المن والصلح) لأنه لو أخذ الكل جازلانه

عليه الصلاة والسلام ملكها غنمة فكان مازلة في أيديهم - م فضلاً ولم يبين مدة معلومة وقد أجمعوا على أن عقد المزارعة لا يصح الا ببيان مدة معلومة (وهو) أي خراج المقاسمة بطريق المن والصلح (جائز) فلم يكن الحديث بحجة لمجوزها ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فساده فان من شرطه أن يتعدى الحكم الشرعي الى فرع هو نظيره وهما ليس كذلك لأن معنى الاجارة فيها أغلب حتى اشترطت فيها المدة بخلاف المضاربة قوله (واذا فسدت عنده) واضح وقوله (والخارج في الوجهين) يعني فيما إذا كان البذر من قبل العامل وفيما إذا كان من قبل رب الارض وقوله (لأنه غنم ملكه) منقوض بمن غصب بذراً فزرعه فان الزرع له وان كان غنم ملك

ولأنه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتباراً بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان المال قد لا يهتدى الى العمل والقوى عليه لا يجد المال فست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القرمع - له بنصف الزوائد لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة وله ما روى انه عليه السلام نهى عن المخاربة وهي المزارعة ولأنه استجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولأن الاجر مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام أهل خير كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز (واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكر بها ولم يخرج شيئاً منه فله أجر مثله) لأنه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض واذا كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لأنه غنم ملكه ولا أثر لاجر كما فصلنا التمسيد بالاطلاق لا مقابلة التمسيد بالتمسيد يعني أنه قيد بالثلث والربع ولم يطلق عن القيد بالكلية لأنه قيد بهذا القيد المخصوص وهو الثلث والربع ولم يقيد بقيد آخر كالنصف وغيره لكن فيه ما فيه كما ترى (قوله ولأنه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتباراً بالمضاربة) قال تاج الشريعة قلت الربح في المضاربة يحصل بحصول مال من أحد الجانبين وبعمل من الجانب الآخر فتعقد شركة بينهما - ما في الربح وهنا كذلك انتهى أقول لم يجز في المضاربة أن يكون المال والعمل من أحد الجانبين ولهذا قالوا هناك وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد وهنا جازلنا سبأني في الكتاب أنه اذا كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت المزارعة ولا شك أن البذر مال بل البقر أيضاً مال وقد اجتمعنا مع العمل في أحد الجانبين فكيف يتم اعتبار المزارعة مطلقاً بالمضاربة فتأمل (قوله لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها) قال صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل لأنه أي الزوائد على تأويل الزائد انتهى أقول هذا تعسف قبيح لا يقبله ذو فطرة سليمة عند مسأغ أن يحمل الضمير في قوله لأنه على الشأن كما لا يخفى (قوله ومعاملة النبي عليه السلام أهل خير كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز) قال بعض الفضلاء - هذا مخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج ان أرض العرب كلها أرض عشر فان خير من أرض العرب اه أقول كون خير من أرض العرب ممنوع كيف وقد تقرر في الباب المذكور أيضاً أن أرض العرب لا يقر أهلها عليها على الكفر فان مشركي العرب لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف وقد أقر النبي عليه السلام أهل خير على أراضيهم على الكفر وذ كروا حد أرض العرب طولاً وعرضاً في الباب المذكور فن أنقن ذلك في موضعه لعله يحكم بأن خير ليست من أرض العرب (قوله والخارج في الوجهين لصاحب البذر لأنه غنم ملكه) قيل قوله لأنه غنم ملكه منقوض بمن غصب بذراً فزرعه فان الزرع له وان كان غنم ملك صاحب البذر وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه

(٥ - تكملة ثامن) صاحب البذر وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان إضافة الحادث الى عمله أولى والمزارع عامل بامر غيره فجعل العمل مضافاً الى الأمر وقوله (كما فصلنا) إشارة الى قوله وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض الخ

(قال المصنف ولأن الاجر مجهول أو معدوم) أقول فان قيل منقوض بالمضاربة والجواب ظاهر (قال المصنف ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خير كان خراج مقاسمة الخ) أقول مخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج ان أرض العرب كلها أرض عشر فان خير من أرض العرب فتأمل (قوله لأن معنى الاجارة فيها أغلب) أقول ليس فيما ذكره ما يدل على الأغلبية بل على وجود معنى الاجارة (قوله منقوض بمن غصب بذراً فزرعه الخ) أقول ويجوز أن يجاب بمنع كون الزرع غنم صاحب البذر فان الغاصب ملكه بالزرع كما سبق في الغصب

وقوله (الآن الفتوى على قولهما) (٣٤) واضح وقوله (بيان المدة) يريد به مدة يمكن خروج الزرع فيها حتى لو بين مدة لا يتمكن

فيها من المزارعة فسدت المزارعة وكذا اذا بين مدة لا يعيش أحدهما الى مثلها غالباً لأنه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد الى ما بعد الموت وقوله (لأنه) أي لأن عقد المزارعة (عقد على منافع الأرض) يعني إذا كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) يعني إذا كان البذر من قبل رب الأرض والمدة هي الميعار لها أي للمنافع بمنزلة الكيل أو الوزن وقوله (وهو) أي العقود عليه (منافع الأرض) ان كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) ان كان البذر من قبل رب الأرض ففي الأول العامل مستأجر للأرض وفي الثاني رب الأرض مستأجر للعامل فلا بد من بيان ذلك بالأعلام وقوله (فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد) لأنه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج يقع اجارة محضة والقياس بأبي جواز الاجارة المحضة باجره مدموم

(قال المصنف والقياس بترك التعامل الخ) أقول لكن النص لا يترك به ألا يرى الى ما سبق في باب الربا أن النص أفقوى من العرف والاقوى لا يترك

الآن الفتوى على قولهما - ما للحاجة الناس اليها وظهر تعامل الامة بها والقياس بترك التعامل كما في الاستصناع (ثم المزارعة لصحة ما على قول من يجيزها بشرط أحدها كون الأرض صالحة للزراعة) لأن المقصود لا يحصل بدونه (والثاني أن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد وهو لا يختص به) لأن عقد المزارعة لا يصح إلا بين الأهل (والثالث بيان المدة) لأنه عقد على منافع الأرض أو منافع العامل والمدة هي الميعار لها المعلم بها (والرابع بيان من عليه البذر) قطعاً للمزارعة وأعمالاً للعقد وعليه وهو منافع الأرض أو منافع العامل (والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله) لأنه يستحقه عوضاً بالشرط فلا بد أن يكون معلوماً ولا يعلم إلا بشرط بالعقد (والثالث أن يحل رب الأرض بينهما وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الأرض بفسد العقد) لفوات التخلية (والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله) لأنه ينشأ عقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد

باختياره وتخصمه فلو كان إضافة الحادث الى عمله أولى والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافاً الى الأمر كذا في العناية وغيرها أقول النقض غير وارد أصلاً والجواب غير دافع لما ذكرنا من الأول فلان الزرع في الصور المذكورة ليس بنماء ملك صاحب البذر وانما هو غاصب ملك الغاصب اذا قدم في فصل ما يتغير بعمل الغاصب من كتاب الغصب أنه اذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها عندنا ومن ذلك بأمثلة منها ما اذا غصب حنطة فزرعها فقد تبين منه أن البذر بالغصب والزرع بصير ملك الغاصب فيكون الزرع غصاء ملكه قطعاً وأما الثاني فلان محل النقض انما هو وقوله لأنه غصاء ملكه وما ذكر في الجواب لا يفيد الفرق بين الغاصب والمزارع من جهة مورد النقض وانما يفيد الفرق بينهما من جهة كون أحدهما عاملاً لنفسه باختياره والآخر عاملاً بأمر غيره والكلام في الأول دون الثاني فلا يتم التقريب (قوله الآن الفتوى على قولهما الحاجة الناس اليها وظهر تعامل الامة بها والقياس بترك التعامل كما في الاستصناع) أقول لاقائل أن يقول نعم ان القياس بترك التعامل ولكن النص لا يترك بذلك لان التعامل اجاع على والاجاع لا ينسخ به الكتاب ولا السنة على ما عرف في علم الأصول فبقى غصبك أي حذيفة رحمه الله بالسنة وهي ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الخبارة وهي المزارعة سالماً عما يدفعه فواجهه الفتوى على قولهما ويمكن أن يقال لهما أن يدفع ذلك بحمل المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم على ما اذا شرط في عقد المزارعة شرط مفسد اذا قدرى أنهم كانوا يشترطون فيه شيئاً معلوماً من الخارج لرب الأرض ونحو ذلك مما هو مفسد عندنا وقد أشار اليه صاحب الكافي حيث قال فان قيل التعامل على خلاف النص باطل قلنا النص صريح في المجتهدات صور النصوص والالا يحل لأحد خلاف فيها أو نعملها على ما اذا شرط شرطاً مفسداً فقد روى أنهم كانوا يشترطون فيها شيئاً معلوماً من الخارج لرب الأرض ونحو ذلك مما هو مفسد عندنا الى هنا كلامه (قوله والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لأنه يستحقه عوضاً بالشرط فلا بد أن يكون معلوماً) أقول لا شك أن بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لا بد منه في عقد المزارعة فعد بيان نصيب من لا بذر من قبله من الشرائط دون بيان نصيب الآخر مما لا يجدي كمبرطائل فتأمل (قوله والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لأنه ينشأ عقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد) قال كثير من الشراح لأنه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس بأبي جواز الاجارة المحضة باجره مدموم انتهى أقول فيه شيء وهو أن القياس كما يابى جواز قياس الاجارة المحضة باجره مدموم يابى جوازها باجره مدموم أيضاً وقد تقررت في كتاب الاجارة أن القياس

بالادنى وسيجيء أيضاً في فصل الوطاء والنظر من كتاب الكراهية لأنه لا معتبر بالعادة مع النص (قال المصنف لأنه عقد على (والثامن منافع الأرض) أقول ذكر الضمير الراجع الى المزارعة باعتبار الخبر ولو لم يكن في معنى أن مع الفعل

وقوله (بيان جنس البذر) وجه القياس لبصير الاجر معلوما اذ هو جزء من الخارج فلا بد من بيانه ليعلم أن الخارج من أي نوع ولولم يعلم عسى أن لا يرضى لانه ربما يعطى بذرا لا يحصل الخارج به الا بعمل كثير وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط فوض الرأي الى المزارع أولم يفوض بعد أن ينص على المزارعة فانه مفوض اليه قال (وهي عندهما على أربعة أوجه) قيام المزارعة بأربعة أشياء الارض والبذر والعمل والبقر لا محالة ثم اما أن يكون الجميع لاحدهما أولا لا سبيل الى الاول لان المزارعة شركة في الانتهاء واذا لم يكن من أحد الجانبين شيء لم تصور الشركة فتعين الثاني وهو اما أن يكون بينهما بالتصنيف أو بآثار الاكثر والاول على وجهين على ما هو المذكور في المختصر

(قال المصنف وهي عندهما على أربعة أوجه) أقول أي المزارعة المستعجلة بين الناس أربعة فلا يرد شيء على الحصر (قوله لان المزارعة شركة الخ) أقول ولا يمكن أن تنعقد اجارة أيضا كما لا يخفى

(والثامن بيان جنس البذر) ليصير الاجر معلوما قال (وهي عندهما على أربعة أوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة) لان البقرة آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطاً ليخيط بآلة الخياط

بأي جواز الاجارة مطلقا كون المعقود عليه الذي هو المنفعة غير موجود في الحال لكننا جوزناها استحضانا الحاجة اليها فكيف يتم الاستدلال بمجرد أن يبي القياس جوازها على فساد المزارعة على تقدير بقاءها اجارة محضة فالأظهر أن يقال بدل قواهم والقياس يبي جواز الاجارة المحضة بأجر معدوم والاجارة المحضة بأجر معدوم فاسدة قطعاً ثم أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن مراد المصنف ههنا غير ما ذكره هؤلاء الشراح فانهم عللوا كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد بأنه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يبي جواز الاجارة المحضة بأجر معدوم والمصنف فترع كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد على ما قبله حيث قال يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد فسد جعل ذلك ما قبله وهو مضمون قوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فإرادته ان عقد المزارعة شركة في الانتهاء وان كان اجارة في الابتداء فكان معنى الشركة معتبرا في انعقاد المزارعة فبما يقطع هذه الشركة ينفي المعنى المعتبر في انعقادها فيفسد عقد المزارعة لا محالة (قوله وهي عندهما على أربعة أوجه) واعلم أن مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنية على أصل وهو أن المزارعة تنعقد اجارة وتنشأ شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض أو على منفعة العامل دون منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لانها استئجار ببعض الخارج وهو لا يجوز قياسا على جوازها في الارض والعامل لورود الشرع به فيهما أما في الارض فأثر عبيد الله بن عمر رضي الله عنه وتعامل الناس وأما في العامل فعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر والتعامل لم يرد الشرع به في البذر والبقر فأخذنا فيهما بالقياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الارض أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار الارض أو العامل ببعض الخارج لكونه مورد الاثر وكل ما كان من صور عدم الجواز فهو من قبيل استئجار الآثرين أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن أحدهما تابعا للآخر ولكن المنظور فيه هو استئجار غير الارض والعامل ببعض الخارج لعدم ورود الشرع في غيرهما وهذا هو الأصل الذي تدور عليه مسائل المزارعة كذافي الشروح وأشار اليه في الذخيرة وجامع فخر الاسلام ثم ان صاحب العناية بعد ما ذكر الأصل المزبور قال فاذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الأصل المذكور فاما الوجه الاول فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستئجار يجعل كان العامل استأجر الارض أو رب الارض استأجر العامل والوجه الثاني والثالث مما فيه استئجار الارض والعامل وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فيبطل لان المشروط شيئا غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الأشرف أو الأصل يجوز أن يستتبع الآخر والفرع الى هنا كلامه أقول فيه خلل لانه جوز في الوجه الاول أن يجعل العامل مستأجر الارض وأن يجعل رب الارض مستأجر العامل ولا مجال فيه للاول بل لا بد أن يكون المستأجر فيه هو رب الارض لان البذر كان من قبله في هذا الوجه وقد تقرّر فيما مر في الشرط الرابع من شروط صحة المزارعة عندهما أن البذر اذا كان من قبل رب الارض كان المعقود عليه منافع العامل فكان المستأجر هو رب الارض وانما يصح أن يكون العامل مستأجر فيما اذا كان البذر من قبله اذ يكون المعقود عليه حينئذ منافع الارض وعن هذا قال المصنف في تعليل جواز المزارعة في الوجه الاول لان البقرة آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطاً

أن يكون الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر والوجه الأول في الكتاب وأن يكون الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر وهو الوجه الرابع فيه والثاني أيضا على وجهين أحدهما أن يكون الأرض والبقر لآخر والوجه الثاني والآخر أن يكون العمل لأحدهما والباقي لآخر وهو الوجه الثالث وهي جائزة الرابع ووجه كل واحد مذكور في الكتاب وسأوضحه والمذكور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه جائز أيضا وأعلم أن مبنى جواز هذه المسائل وفادها على أن المزارعة تنعقد أجرة وتتم شركة وانعقادها أجرة انما هو على منفعة الأرض أو منفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر لانه استبحار ببعض الخارج والقياس يقتضي أن لا يجوز في الأرض والعامل أيضا الكفا جوازناه بالنص على خلاف القياس وانما ورد النص فيه مادون البذر والبقر أما في الأرض فأثر عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وتعامل الناس فانهم تعاملوا واشترط البذر على المزارع وحينئذ كان مستأجرا (٣٦) للأرض ببعض الخارج وأما في العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع

أهل خيبر والتعامل فانهم ربما كانوا يشترطون البذر على صاحب الأرض فكان حينئذ مستأجر للعامل بذلك فاقصرنا على الجواز بالنص فيه ما بقي غيرهما على أصل القياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استبحار الأرض أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استبحار الأرض أو العامل بذلك لكونه مورد الأثر وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استبحار الآخر أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير

(وان كان الأرض لواحد والعمل والبقر لآخر جازت) لانه استبحار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة (وان كانت الأرض والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت) لانه استأجره للعمل باله المستأجر فصار كما اذا استأجر خطاط الخياط ثوبه بآبائه أو طبايا بطين عمره (وان كانت الأرض والبقر والبذر والعمل لآخر فهي باطلة) وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كحائب العامل

لخياط بآبائه الخياط فانه بمنزلة التصريح بأن المستأجر في هذا الوجه هو رب الأرض والعامل هو الأجير كالخياط (قوله وان كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استبحار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة) أقول فيه نظرا ذلنا سلم أنه استبحار الأرض ببعض معلوم كما اذا استأجرها بدراهم معلومة فان استبحار الأرض ببعض من الخارج استبحار ببعض مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد كما مر في دليل أبي حنيفة على عدم جواز المزارعة كيف ولو كان ذلك استبحارا ببعض معلوم لكانت المزارعة جائزة على مقتضى القياس أيضا وقد صرحوا بأن القياس يقتضي أن لا يجوز المزارعة مطلقا لكونها استبحارا ببعض الخارج وهو لا يجوز لكان جوازناها فيما اذا كانت استبحار منفعة الأرض أو العامل استحسانا بالنص والتعامل ولم يجوزها فيما سوى ذلك عملا بالقياس لعدم ورود الشرع به فيه فالحق في تعليل جواز هذا الوجه أن يقال لانه استبحار الأرض ببعض الخارج وهو جائز بالنص وتعامل الامة (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كحائب العامل) قال في العناية ووجهه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه أي على رب الأرض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كحائب العامل اذا شرط البقر عليه والجواب أن البذر اذا اجتمع مع الأرض استتبعه للتجانس وضعف جهة البقر معهم ما كان استبحار للعامل وأما اذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستتبعه وكذا في

متجانسين ولكن المنظور اليه ذلك والضابط في معرفة التجانس ما فهم من كلامه وهو أن ما صدر فعله عن القوة الحيوانية وجه فهو جنس وما صدر عن غيرها فهو جنس آخر فاذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الأصل المذكور فأما الوجه الأول فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين فان الأرض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستبحار يجعل كان العامل استأجر الأرض أو رب الأرض استأجر العامل والوجه الثاني والثالث مما فيه استبحار الأرض والعامل وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيئا غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الأشرف أو الأصل يجوز أن يستتبع الآخر والفرع ووجه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه أي على رب الأرض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كحائب العامل اذا شرط البقر عليه

(قوله وهي جائزة الرابع) أقول أي الوجوه المذكورة جائزة الرابع (قوله والمذكور من بطلان الرابع) أقول لفظة من بيانية (قوله لانه استبحار ببعض الخارج والقياس يقتضي أن لا يجوز) أقول بعني أن لا يجوز الاستبحار ببعض الخارج (قوله ولكن المنظور اليه ذلك) أقول كما يستتبع وبقوله ذلك إشارة إلى استبحار الآخر (قوله والمنظور اليه الاستبحار يجعل كان العامل استأجر الأرض) أقول فيه بحث أما أولا فلانه مخالف للشروح وأما ثانيا فلانه مخالف لما صرح به نفسه مرارا أن المستأجر هو صاحب البذر

والجواب أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استتبعته للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استئجار العامل وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستتبعه وكذا في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره فكان باطلا وإقائل أن يقول استئجار الأرض والعامل منصوص عليه دون الآخرين فكان أرجح ويلزم الجواز ويمكن أن يجاب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف العمل به مع وجود المعارض وقوله كل ذلك بخلق الله تعالى لا مدخل له في الدليل وإنما ذكره لما أضاف منفعة الأرض إلى قوة في طبعها توهم أن ينسب إلى القول بالطبيعة فدفع ذلك وههنا وجهان آخران لم يذكرهما القدرى رحمه الله وهما فاسدان وقد ذكر المصنف رحمه الله وجه ذلك وبقي عليه أشكال وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر فيستوجب عليه أجر مثل أرضه وأجيب بأن منفعة العامل ومنفعة الأرض صارتا مسلمتين إلى صاحب البذر لسلامة الخارج له حكم وكذلك أن لم يخرج الأرض شيئا لأن عمل العامل بأمره في القاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب عليه أجر مثله في الوجهين وثمة وجه آخر لم يذكره أي القدرى وصاحب الهداية جميعا وهو أن يشترك أربعة (٣٧) على أن يكون البذر من واحد والعمل من

آخر والأرض من آخر والبقر من آخر والبقر من آخر قال محمد رحمه الله في كتاب الآثار أخبرنا عبد الرحمن الأوزاعي عن واصل ابن أبي جيل عن مجاهد أنه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فألقى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الأرض وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم وألقى الزرع كله لصاحب البذر فهذه مزارعة فاسدة لما فيها من اشتراط الفدان على أحدهما مقصودا به وفيها الخارج لصاحب البذر لأنه إنما بذره ومعنى قوله ألقى صاحب الأرض لم يجعل له شيئا من الخارج لأنه لا يستوجب أجر مثل

وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض لأن منفعة الأرض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر أن تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لأنه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما أحدهما أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر فأنه لا يجوز لأنه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني أن يجمع بين البذر والبقر وأنه لا يجوز أيضا لأنه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الأرض وبصير مستقر ضاللا بذره فأبضاله لا اتصاله بأرضه

الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره فكان باطلا اه أقول في هذا الجواب بحث أما أولا فلأن البذر إذا اجتمع مع الأرض تعين أن يكون رب الأرض مستأجرا أو العامل أجيرا فلا يبقى الحديث استتباع الأرض البذر محل لأن المصير إليه للاحتراز عن لزوم استئجار البذر أصالة وإذا تعين أن تكون هذه الصورة من قبيل استئجار العامل دون الجانب الآخر لم يبق احتمال لزوم استئجار البذر سواء استتبعته الأرض أم لا فلم يكن للاستتباع تأثير في هذه الصورة قط وأما ثانيا فلأن قوله فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره يشعر بجواز اعتبار استئجار كل من جاني رب الأرض والعامل في الصورة المذكورة وقد مر مرارا أن البذر يعين الجانب الذي وجد فيه لأن يكون مستأجرا لا خرافا لوجهه في الجواب أن يقال إذا شرط البذر والبقر على رب الأرض كان استئجار العامل لا غيره أصلا فكان صحيحا قطعاً وأما إذا لم يشترط البذر عليه بل شرط عليه البقر وحده كان استئجار الأرض وغيرها الذي هو البقر وليس الثاني تابعا للاول لعدم التجانس كما بين في وجه ظاهر الرواية فكان باطلا لعدم ورود الشرع لاستئجار البقر أصالة ببعض من الخارج فتدبر (قوله وههنا وجهان آخران لم يذكرهما الخ) قال صاحب العناية

الأرض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لأن ذلك كان أجرا مثل عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل

(قال المصنف لأنه يتم شركة بين البذر والعمل) أقول لم يقل يتم شركة بين البذر والأرض وبين البذر والبقر لأن الشركة غير معتادة بين البذر من جانب والبقر من جانب والأرض من جانب والعمل من جانب والبقر من جانب والبذر من جانب والأرض من جانب أما البذر من جانب والعمل من جانب والزرع في أرض مباحة فهو معه ودولا جل هذا خص البذر من جانب والعمل من جانب ومع كونه معه ودولا يجوز لعدم ورود الشرع بهذا العمل الاولي أن يقال إنما لم يقل كذلك لأن المزارعة عقد شركة بين المال والعمل عندهما كالمضاربة فليتأمل (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف العمل به مع وجود المعارض) أقول وفيه بحث فإن أمور المسلمين فحمل على الصلاح ما أمكن (قوله وبقي عليه أشكال) أقول يعني على الرواية الاولى (قوله وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر ويستوجب عليه أجره الحق الخ) أقول لا بد من التأمل أنه لم لا يحكم بأجر مثل العامل مع أنه قال يتم شركة بين البذر والعمل (قوله ويجعل لصاحب الفدان أجرا) أقول الفدان البقر الذي يحرق بها على وزن الفعل بالتشديد

قال (ولا نصح المزارعة الا على مدة معلومة) لما بينا (وان يكون الخارج شائعا بينهما) تحقيقا لمعنى الشركة (فان شرطا لاحدهما قفرا نامسماة فهي باطلة) لان به تنقطع الشركة لان الارض عساها لا يخرج الا هو هذا القدر فصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرط ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين أو في جميعه بأن لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا شرط ارفع الخراج والارض خراجية وأن يكون الباقي بينهما ما لانه معين بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أو لآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرط ارفع العشر وقسمة الباقي بينهما والارض عشرية قال (وكذا اذا شرط اما على الماذيات والسواقي) معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة ولا آخر ما يخرج من ناحية أخرى

وغة وجه آخر لم يذكره جميعا وهو أن يشترك أربعة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والبقر من آخر والارض من آخر أقول الظاهر أن الكلام في العقد الجاري بين الاثنين والافئمة وجوه آخر لم يذكرها ولا أحد غيرهما وهي أن يشترك ثلاثة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والباقيان من آخر أو على أن يكون البذر من واحد والارض من آخر والباقيان من آخر أو على أن يكون البقر من واحد والارض من آخر والباقيان من آخر إلى غير ذلك من الصور الممكنة بين الثلاثة فكان التعرض ههنا الوجه الذي ذكره صاحب العناية خروجا عن الصدود عن هذا ترى عامة الشراح لم يتعرضوا أصلا والاولى ههنا أن يقال وغة وجه آخر لم يذكره جميعا وهو أن يكون البقر لاحدهما والموافق الثلاثة للآخر كما أشار اليه صاحب النهاية عند بيان وجه ضبط الوجه في صدر المسئلة وبيان انحصارها عقلا في سبعة وقال ان حكمه كحكم أن يكون البذر لاحدهما والباقي للآخر وهو الفساد وقال صاحب العناية متصلا بكلامه السابق قال محمد في كتاب الآثار أخبرنا عبد الرحمن الوزاعي عن واصل بن أبي جيل عن مجاهد أنه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنفى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الارض وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهم الكل يوم وأحق الزرع كله لصاحب البذر ثم قال ومعنى قوله أنفى صاحب الارض لم يجعل له شيا من الخارج لانه لا يستوجب أجر مثل الارض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لان ذلك كان أجر مثل عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل انتهى كلامه أقول توجيهه المروي عن النبي عليه الصلاة والسلام بما ذكره محل كلام أما أولا فلان كون معنى قوله أنفى صاحب الارض لم يجعل له شيا من الخارج مما ياباه مقابلة قوله وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهم الكل يوم اذ لم يجعل لصاحب الفدان وأصاحب العمل أيضا شيا من الخارج بل جعل لكل واحد منهما أجرا كما مرح به الراوي فكيف يحسن مقابلتهما بالغاء صاحب الارض بالمعنى الذي ذكره اللهم الا أن يقال ذلك المعنى وان كان مما لا يساعد ظاهر اللفظ لکن الضرورة دعت اليه وصارت قرينة عليه اذ لا محالة انه لم يتحقق هنالك ما يقتضي كون صاحب الارض متبرعا فلا جرم انه استوجب أجر مثل أرضه وأما ثانيا فلان قوله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل منظوره اذ لا يخفى أنه لا يلزم التوافق بين أجر الفدان وأجر العامل بل لا يجوز أن يكون أجر أحدهما نصف أجر الآخر أو ثلثه أو ربعه أو غير ذلك فكيف يعلم أجر أحدهما من الآخر سيما اذا كان المعين مؤخرا عن المبهم في الذكر اللهم الا أن يقال كان العرف جاريا في ذلك الزمان على اعتبار تساويهما في الاجر فبناء على ذلك يجوز أن يعلم أجر أحدهما من أجر الآخر لكن الاظهر عندى أن يكون

قال (ولا نصح المزارعة الا على مدة معلومة الخ) معلومة مدة المزارعة شرط جوازها لما بينا معنى قوله في بيان شروطها والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض الخ والاصل في هذا أن كل ما كان وجوده شرطا للجواز فعدمه مانع عنه لان الشرط لازم وانتفاءه ينسـتـلزم انتفاء الملزوم وكذا شيوخ الخارج تحقيقا لمعنى الشركة شرط الجواز فاذا انتفى فسدت وقوله (وصار كما اذا شرط ارفع الخراج والارض خراجية والخارج خراج وظيفة بأن يكون دراهم مسماة بحسب الخارج وقفرا نام معلومة وأما اذا كان خراج مفاصلة وهو جزء من الخارج مشاعا نحو الثلث أو الربع فانه لا تفسد المزارعة بهذا الشرط والماذيات جمع الماذيان وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم تنسقي منه الارض والسواقي جمع الساقية وهو فوق الجدول ودون النهر كذا في المغرب

وقوله (اعتبار العرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان) فان العرف عندهم أن الحب والتبن يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب وقوله (والاتباع يقوم بشرط الاصل) يعني لما كان الاصل وهو الحب مشتركا بينهما باشتراطهما فيه نصا كان التبع وهو التبن مشتركا بينهما أيضا تبعالا للاصل وان لم يذكرا فيه الشركة فكان معناه والتبع يتصف بصفة الاصل وقوله (لانه حكم العقد) يعني أنهم لو ممكنان ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لانه موجب العقد فاذا نصا عليه كائنما صرحا بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد فكان وجود الشرط وعدمه سواء وأما اذا شرط التبن لغير صاحب البذر فان استحقاقه له يكون بالشرط لانه ليس حكم العقد وذلك بشرط يؤدي الى قطع الشركة بأن يخرج الا لتبن وكل شرط شأنه ذلك مفسد للعقد فكانت المزارعة فاسدة قال (واذا صححت المزارعة فالخارج على الشرط) المزارعة اما أن تكون صحيحة أو فاسدة فان كانت (٣٩) صحيحة فاما ان أخرجت الارض شيئا ولم

(وكذا اذا شرطوا للاحد منهما التبن وللاخر الحب) لانه عسى أن يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج
الا التبن (وكذا اذا شرطوا التبن نصفين والحب للاحد منهما بعينه) لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود
وهو الحب (ولو شرطوا الحب نصفين ولم يتعرضوا للتبن صحت) لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود (ثم
التبن يكون لصاحب البذر) لانه غماء بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت
عنه وقال مشايخ بلخ رحمه الله التبن بينهما أيضا اعتبار للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع
للحب والتبع يقوم بشرط الاصل (ولو شرطوا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت) لانه حكم العقد
(وان شرطوا التبن للاخر فسدت) لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق
غير صاحب البذر بالشرط قال (واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام (وان لم
تخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل) لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة
فلاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان أجرة المثل في الذمة ولا تقوت الذمة بعدم الخارج
قال (واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر)

الأصل قبض أفرعه والأجرة العين إذا هلك بعد التسليم إلى الجائر لا يجب للجائر شيء آخر فكذا ههنا وإن كانت فاسدة فلا فرق بين أن تخرج الأرض وأن لا تخرج في وجوب أجر المثل للعامل لأنه في الذمة والذمة لا تقوت بعدم الخارج فإن أخرجت شيئاً فالخارج لصاحب البذر

لأنه غمام ملكه واستحقاق الاجر منه بالتسمية وقد فسدت وان كان البذر من قبل رب الارض فللعامل أجر مثله لا يزداد على قدر المشروط
لأنه رضى بسقوط الزيادة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله وقال محمد رجه الله له أجر مثله بالغاما بالغاما لأنه استوفى منافعه
بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها إذا لمثل لها قال المصنف رحمه الله (وقد مر في الاجارات) قال صاحب النهاية رحمه الله وفي هذا الذي
ذكره من الحوالة نوع تغيير لأنه ذكر في باب الاجارة الفاسدة من كتاب الاجارات في مسألة ما إذا استأجر حمارا يحمل عليه طعاما
بغير ميثاق ففاسدة ثم قال ولا يجوز بالاجر قفله لأنه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن أجر المثل وهذا بخلاف
ما إذا استأجر كافيا للاحتطاب حيث يجب بالاجر بالغاما بالغاما عند محمد رحمه الله لأن المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الخط فيه مجموع
هذا الذي ذكره في الاجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغاما بالغاما في الاجارة الفاسدة كما هو قولهما الا في الشركة في الاحتطاب
ثم ذكره هنا وقال محمد له أجر مثله بالغاما بالغاما الى أن قال وقد مر في الاجارات وذلك يدل على أن مذهبه في جميع الاجارات الفاسدة
يبلغ بالاجر بالغاما بالغاما وليس كذلك وأجيب بأن هذه الاجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب لأن الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج وهذه
حوالة بلا تغيير وان كان البذر (٤٠) من قبل العامل فلصاحب الارض أجر مثله لا يرضه لأنه استوفى

لأنه غمام ملكه واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر قال (ولو كان البذر
من قبل رب الارض فللعامل أجر مثله لا يزداد على مقدار ما شرط له من الخارج) لأنه رضى بسقوط الزيادة
وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله (وقال محمد له أجر مثله بالغاما بالغاما لأنه استوفى منافعه بعقد
فاسد فيجب عليه قيمتها إذا لمثل لها وقد مر في الاجارات) وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب
الارض أجر مثله أرضه لأنه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رده
قيمتها وهل يزداد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه (ولو جمع بين الارض
والبقرة حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر مثل الارض والبقرة) هو الصحيح لأن له مدخلا في الاجارة
وهي اجارة معني (واذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه) لأن النماء
حصل في أرض مملوكة له (وان استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر الارض وتصدق بالفضل)
لأن النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد المثل في منافع الارض أو جيب خبثا فيه فما
سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به

منافع الارض بعقد فاسد
فيجب ردها وقد تعذر
فيصار الى المثل ولا مثل
لها فيجب رد قيمتها وهل
يزاد على قدر المشروط له
من الخارج أولا فهو على
الخلاف المار ولو جمع بين
الارض والبقرة حتى
فسدت المزارعة كان
على العامل أجر مثل
الارض والبقرة هو الصحيح
لأن البقرة مدخلا في
الاجارة لجواز إيراد عقد
الاجارة عليه والمزارعة
اجارة معني فتنه قد
المزارعة عليه فاسدا ويجب
أجر المثل (وقوله هو
الصحيح) احتراز عن تأويل
بعض أصحابنا رحمه الله

ههنا قاصرة عن افادة تمام المراد لان المزارعة الصحيحة كما تكون استئجارا للعامل وذلك فيما اذا كان البذر
من جانب رب الارض كذلك تكون استئجارا للارض وذلك فيما اذا كان البذر من جانب العامل وقوله
وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل يفيد حكم الصورة الاولى دون الصورة الثانية بل يدل على كون
الحكم في الثانية على خلاف الحكم في الاولى بمقتضى قوله -م ان تخصص به الشيء بالذكر في الروايات يدل
على نفي الحكم عما عداه فكان الظاهر أن يقال وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء لاحد من المتعاقدين
لا يقال علل المصنف قوله وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل بقوله لأنه يستحقه شركة ولا شركة
في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره ولما جرى هذا التعليل في صورة استئجار

لقول محمد رحمه الله في الاصل لصاحب البقر والارض أجر مثل أرضه وبقره على صاحب البذر قال
أن المراد به أن يجب أجر مثل الارض مكروبة أما البقرة فلا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صححا ولا فاسدا
ووجوب أجر المثل لا يكون بدون عقد لان المنافع لا تقوم بدونه وقوله (واذا استحق رب الارض الخ) واضح خلا أنه يحتاج الى فارق
بين خبث يمكن في منفعة الارض فأوجب التصديق بالفضل وبين خبث يمكن في عمل العامل فلم يوجد ذلك وفي كلام المصنف رحمه الله
إشارة الى ذلك حيث قال لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض يعني فهو محتاج اليهما على ما جرت به العادة احتياجا بالغاف فكان
الخبث شيئا فادأورث وجوب التصديق وعمل العامل وهو ابقاء البذر وفتح الجداول ليس بتلك المثابة لجواز حصوله بدونه عادة كما إذا هبت
الريح فألقت البذر في أرض وأمطرت السماء فكان ما يمكن به شبهة الخبث فلم يورث وجوب ذلك

(قوله ثم قال ولا يجوز بالاجر قفله الخ) أقول فيه شيء وجوابه أن مقول ذلك كرمح زوف والتقدير ذكره (قوله في مجموع هذا الذي
ذكره في الاجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغاما بالغاما ثم ذكر في الاجارات الفاسدة) أقول فيه شيء والظاهر أن قوله ثم ذكره هو من
قلم الناسخ (قوله لان الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج الخ) أقول لا بل التعليل المذكور من قبله ههنا

قال (واذا عقدت المزارعة) في هذا بيان صفة عقد المزارعة بكونه لازما أو غيره وهو لازم في حال دون حال أما بعد القاء البذر في الأرض فإنه لازم من الجانبين ليس لأحدهما فسخه إلا بعذر وأما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من جهته فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لأنه لا يمكنه المضى على العقد إلا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر في الحال فصارت استأجر رجلا ليهدم داره (وان امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر) سوى ما التزمه بالعقد لأنه التزم إقامة العمل وهو قادر عليها (والعقد لازم) من جهته (بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذرا يفسخ به الاجارة) كالمريض المانع للعامل عن العمل والدين الذي لا وفاء به عنده لا يبيع الأرض (ففسخ به المزارعة ولو امتنع رب الأرض) (٤١) والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل

قال (واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه) لأنه لا يمكنه المضى في العقد إلا بضرر يلزمه فصارت استأجر رجلا ليهدم داره (وان امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل) لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذرا يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة قال (ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب) قيل هذا في الحكم فالأما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لأنه غره في ذلك قال (واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها في ثلاث سنين

الأرض أيضا فهم منه حكم هذه الصورة أيضا فاكتمى بذكره لانا نقول عبارة المسئلة عبارة مختصر القدوري والمواخذة بقصورها في افادة تمام المراد انما ترد على القدوري فالتعليل الذي ذكره المصنف بعد مدة طويلة كيف يدفع عنه التقصير السابق واثبت سلم ذلك فلا نسلم جريان التعديل المذكور وتمامه في صورة استئجار الأرض أيضا ألا ترى أن عامة الشراح ذكروا أن قوله وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بشكل بمن استأجر رجلا بعين فعل الاجير وهو ملك العين قبل التسليم فإنه يجب على المستأجر المثل فلم يكن هذا منتهى لان المزارعة صححت والاجر مسمى وذلك الاجر قبل التسليم وأجابوا عنه بان الاجر ههنا ملك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجرة العين اذا ملكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شيء آخر فكذا ههنا انتهى ولا يذهب عليك أن هذا الجواب لا يتمشى في صورة استئجار الأرض فان رب الأرض لا يقبض البذر الذي يتفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبضا لفرعه فلم يتم التعليل المذكور في حق هاتيك الصورة فتعين القصور تأمل (قوله ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب) لان المأني به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد قومه بجزء من الخارج وقد فات كذا في عامة الشروح وقال بعد ذلك في النهاية ومعراج الدراية ولان المزارع عامل لنفسه لانه استأجر الأرض ليقوم العمل فيها بنفسه والعامل لنفسه لا يستوجب الاجر على غيره انتهى أقول ليس هذا بسديد اذ قد مر مرارا وتكرارا أن البذر اذا كان من قبل رب الأرض تعيين ان يكون المستأجر هو رب الأرض والمفروض في مسئلتنا أن يكون البذر من قبل رب الأرض فكيف يتم القول بأن المزارع استأجر الأرض ليقوم العمل فيها بنفسه (قوله واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة) هذا جواب القياس وأما في الاستحسان فيبقى عقد المزارعة الى أن يستحصل الزرع كذا في الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط والخيرة وقال بعد ذلك في العناية

(٦ - تكملة ثامن) واليه أشار المصنف بقوله (فلو كان دفعها في ثلاث سنين الخ) واعلم أنه أراد بقوله واذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما اذا ثبت الزرع أو لم يثبت ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان

(قوله وان امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل) أقول الظاهر الاطلاق عن هذا القيد فقد يكون العمل على صاحب البذر أيضا ويكون من الجانب الآخر الأرض فقط (قوله ونسوى ما التزمه بالعقد) أقول فيه بحث (قوله اقلعوا الزرع وتضرر به المزارع) أقول القلع مخصوص بما اذا كان البذر من قبل العامل أما اذا كان من جهة رب الأرض فالقلع اتلاف لالههم ولا يرتكبه عاقل فوجهه حينئذ لو فسخ العقد بذهب عمله مجانا بعد ما ظهر حقه

(فلما ثبت الزرع في السنة الاولى) ولم يذ كر جواب ما لم يثبت عند موته وعلله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق أول المسئلة (ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعدما كرب العامل الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلته ما عمل) لماسيد كر (٤٣) بعيد هذا (واذا فسخت المزارعة بدين فادح) أي ثقيل من فدحه الامر

فلما ثبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد الزرع حتى مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة للحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيه ما على القياس (ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعدما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة) لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع (ولا شيء للعامل بمقابلته ما عمل) لما بينه ان شاء الله تعالى (واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز) كما في الاجارة (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ) لان المنافع انما تقوم بالعقد وهو انما يقوم بالخارج

واعلم أنه أراد بقوله واذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما اذا ثبت الزرع أو لم يثبت ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان فلما ثبت الزرع في السنة الاولى ولم يذ كر جواب ما لم يثبت عند موته وعلله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق أول المسئلة انتهى أقول فيه بحث لان ما ذكر في أول المسئلة انما هو جواب القياس كما صرحوا به قاطبة فيدخل فيه ما ثبت الزرع عند موته وما لم يثبت ولا شئ أن مراده بالجواب في قوله ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان فلما ثبت الزرع في السنة الاولى ولم يذ كر جواب ما لم يثبت عند موته انما هو جواب الاستحسان فكيف يتم قوله وعلله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في أول اطلاق المسئلة ولا ريب أن دخوله في جواب القياس لا يقتضي دخوله في جواب الاستحسان أيضا وعن هذا اختلف المشايخ فيه كما صرح به في الذخيرة حيث قال واذا مات رب الارض بعد الزراعة قبل النبات هل تبقى المزارعة فيه اختلاف المشايخ انتهى (قوله واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة) قال في النهاية ثم هل يحتاج في فسح المزارعة الى قضاء القاضي أو الى الرضا ذكر في الذخيرة فيه اختلاف الروايات فقال لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا على رواية الزيادات لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى القضاء ولا الى الرضا بعض مشايخنا المتأخرين أخذوا برواية الزيادات وبعضهم أخذوا برواية الاصل والجامع الصغير انتهى وقال في العناية والتشبيه بالاجارة يشير الى أنه اختار رواية الزيادات فانه عليه لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك انتهى أقول فيه نظر لان التشبيه بالاجارة انما يصلح للإشارة الى أنه اختار رواية الزيادات أن لو كانت الرواية في الاجارة مقصورة على افتقار الفسخ فيها الى القضاء أو الرضا أو كأن المصنف قد اختار هناك صريحاً برواية افتقار الفسخ الى أحد هذين ولم يكن شئ منهما فان المصنف قال هناك ثم قول القصدوري فسح القاضي اشارة الى أنه يقتضي قضاء القاضي في النقص وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه عذر فالاجارة فيه تنقض وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي انتهى فأمل (قوله وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ) قال في النهاية الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل ينصون في صور ثلاث ذكر في الكتاب

أي أنقله (لحق صاحب الارض أحوجه الى بيعها جاز) الفسخ (كما في الاجارة) والتشبيه بالاجارة يشير الى أنه اختار رواية الزيادات فانه عليه لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ) لان المنافع انما تقوم بالعقد وهو انما يقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شئ وهذا هو الموعود وقد ذكرناه من قبل قال في النهاية وهذا الجواب بهذا التعليق انما يصح أن لو كان البذر من قبل العامل أما اذا كان البذر من قبل رب الارض فله عامل أجر مثل عمله وذلك لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون مستأجرا للارض فيكون العقد واردا على منفعة الارض لا على عمل العامل فيبقى عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم على رب الارض

وأما اذا كان البذر من قبل رب الارض حتى كان رب الارض مستأجرا للعامل فكان العقد واردا على منافع الاجير فيقوم فاذا منفعه وعمله على رب الارض ويرجع على رب الارض بأجر مثل عمله كذا في الذخيرة محالة الى مزارعة شيخ الاسلام رحمه الله وفيه نظر (قوله اعتمادا على دخوله في اطلاق أول المسئلة) أقول فيه تأمل فان التعليق بمراعاة الحقين يشمله أيضا فكيف يدخل في اطلاق أول المسئلة وسيجيء في هذا الدرس من الشارح في مسئلة الفسخ بعذر الخ ما يؤيد ما قلناه (قوله لا يحتاج فيه الى ذلك الخ) أقول كما في الاجارة

لان منافع الاجير وعمله انما ياتي بموم على رب الارض بالعقد والعقد انما يقوم بالخارج (فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء) ثم الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل متصور في صورتين ثلاث ما اذا فسخ بعد ما كرت الارض وحفر الانهار وهو ما نحن فيه وقد ظهر حكمه وما اذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد وحكمه ان لا يتبع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع وفي التأخير ان كان اضرا بالغرما لكن التأخير اهلون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه امتنع ببيع الارض ولم يكن هو ظالم في ذلك والحبس جزاء الظلم ولم يذكر المصنف رحمه الله الصورة الثالثة ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله (٤٣) قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر

في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استثناء مال وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة أرض الصبي ولا يملك استهلاك ماله فكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف رحمه الله ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخل في الصورة الثانية والله اعلم قال (واذا انقضت مدة المزارعة الخ) اذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك يبقى الزرع وكان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض الى أن يستحصد الزرع حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه أجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انقضت بانقضاء

فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء (ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم يتبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع) لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير اهلون من الابطال (ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه بالدين لانه امتنع ببيع الارض لم يكن هو ظالم والمال والحبس جزاء الظلم قال) واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض الى أن يستحصد والنفقة على الزرع عليهم ما على مقدار حقوقهما) معناه حتى يستحصد لان في بقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهم لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقى حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك أبقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل أما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يخص العامل بوجوب العمل عليه

صورتين منها هو ما اذا فسخ بعد ما كرت الارض وحفر الانهار وما اذا فسخ بعد نبت الزرع وقبل أن يستحصد ولم يذكر ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض ذكر في الذخيرة ان فيه اختلاف المشايخ وكان الشيخ أبو بكر العنابي يقول له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين مال قائم لان التبذير استهلاك ولهذا قالوا ان صاحب البذر فسخ المزارعة لانه يحتاج الى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له في الحال وحصوله في الثاني غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذير وكان الشيخ أبو اسحق الحافظ يقول ليس له ذلك لان التبذير استثناء مال وليس باستهلاك الا يرى أن الاب والوصي يملكان زراعة أرض الصبي ولا يملكان استهلاك مال الصبي وانا كان كذلك كان للمزارع في الارض عين مال قائم انتهى وقال في العناية لم يذكر المصنف الصورة الثالثة وهي ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استثناء مال وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة أرض الصبي ولا يملك استهلاك ماله فكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية انتهى أقول ان قوله وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية لانه ان أراد دخوله في الصورة الثانية دخوله في نفس الصورة الثانية فليس بصحيح جدا ان قد اعتبر في الصورة

المدة لم يبقى للعامل حق في منفعة الارض وهو يستوفيهما بتربية نصيبه من الزرع الى وقت الادراك فلا تملك له مجانا والنفقة على الزرع وهي مؤنة الحفظ والسقي وكري الانهار عليهم ما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب وقوله (لان في بقية الزرع) دليل وجوب الاجر وجه ذلك اننا لو امرنا العامل بقطع الزرع عند انقضاء المدة تضرره وان أبقينا بلا أجر تضرر رب الارض فبقينا بلا أجر تعدل بالنظر من الجانبين والعمل عليهم المأذون في الكتاب وهو واضح وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض فانه يبقى الزرع بلا أجر ولا اشتراك في النفقة ولا اشتراك في العمل وكلامه فيه أيضا واضح فاذا انقضت المدة واحتاج الزرع الى النفقة

(قوله وحكمه ان لا يتبع) أقول اذا لم يبيع لم يفسخ العقد (قوله وان بقينا بلا أجر تضرر رب الارض) أقول حيث تكون أرضه مشغولة بملك الغير جبرا

فأنفق أحدهما بغير إذن صاحبه فهو متطوع لانه أنفق على ملك الغير بغير أمره لا يقال هو مضطر لحياء حقه فلا يوصف بالتبرع لان تمكنه من الاستئذان من القاضي يمنع الاضرار (ولو أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقل لا يمكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع) ولو أراد المزارع ذلك مكن منه وبخبر رب الارض بين الامور الثلاثة المذكورة في الكتاب بدليلها فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمختصر في ذلك لم لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الارض أجيب بأن رب الارض متعنت في طلب القلع لانتفاعه بنصيبه وباجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فانه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل فربما يخاف أن (٤٤) نصيبه من الزرع لا يفي بذلك وقوله (ولو مات المزارع) ظاهر

(فان أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وأمر القاضي فهو متطوع) لانه لا ولاية له عليه (ولو أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقل لا يمكن له ذلك) لان فيه اضراراً بالمزارع (ولو أراد المزارع) أن يأخذ بقل لا قبل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وارجع بما تنفق في حصته لانه لا يجوز له أن يمنع من العمل لا يحبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظره وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر (ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى أن يستحصد الزرع وأبى رب الارض فلهم ذلك) لانه لا ضرر على رب الارض (ولا أجر لهم بما عملوا) لاننا بقينا العقد تطرأ لهم فان أرادوا قلع الزرع لم يحبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلاثة لما بينا قال (وكذلك أجرة الحصاد والرافع والدياس والتذرية عليه ما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت) وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك أن العقد ينتهي بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل أو الطعن على العامل وعن أبي يوسف أنه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتباراً بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ

وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي الخ (قوله والمالك على الخيارات الثلاث) يعني المذكورة الا أنه في هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع بكلاً اذا عمل على العامل مستحق لبقاء العقد وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل الخ قال (وكذا أجرة الحصاد والرافع) قد تقدم معنى الحصاد والدياس في البيع الفاسد والرافع بالفتح والكسر هو أن يرفع الزرع الى البيدر والتذرية تمزيق الحب من التبن بالريح ولما كان الفدوى ذكر هذه المسئلة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك ربما يوهم اختصاصها بذلك فقال المصنف وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل

الثانية نبات الزرع وفي الصورة الثالثة عدم نباته فاني تصور دخول احدهما في الاخرى وان أراد بذلك دخولها في حكم الصورة الثانية فهو صحيح على قول بعض المشايخ لكن لا يصلح لان يكون وجهها عدم ذكر تلك الصورة بالكلية لان دخولها في حكم الصورة الثانية على قول بعض المشايخ انما يعرف ببيان حكمها من قبل واذا لم يذكر تلك الصورة قط فمن أين يعلم أن حكمها حكم الصورة الثانية كما قال به بعض المشايخ أو حكم الصورة الاولى كما قال به بعضهم الآخر والوجه عندى أن المصنف انما لم يذكر تلك الصورة تأسيساً بالامام محمد رحمه الله فانه لم يذكرها في كتابه كما بينه صاحب الذخيرة حيث قال وان كان المزارع قد زرع الارض الا أنه لم يثبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض لم يدرك محمد رحمه الله هذه المسئلة في الكتاب وقد اختلف المشايخ فيها انتهى (قوله لان المزارع لما امتنع من العمل لا يحبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظره وقد ترك النظر لنفسه) فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمختصر فيما ذكر لم لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الارض أجيب بأن رب الارض متعنت في طلب القلع

هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والاصل أن اشتراط ما ليس من أعمال المزارعة على أحد المتعاقدين قال يفسد لانه شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد الاجارة فكذلك المزارعة لان فيها معنى الاجارة والفاصل بين ما هو من أعمالها وغيره أن كل ما يثبت وينبئ في الخارج فهو من أعمالها وما لا يثبت ولا ينفذ في هذا فالحصاد والدياس والتذرية ورفعها الى البيدر اذا شرطت من أي شيء منها على أحدهما فسدت في ظاهر الرواية وروى أصحاب الامالي عن أبي يوسف أنها اذا شرطت على العامل جازت للتعامل اعتباراً بالاستصناع

(قال المصنف لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي) أقول فيه تسامح فان العقد قد انتهى (قال المصنف لان بكل ذلك يستدفع الضرر) أقول فيه شيء فان قولنا لصاحبها اقلع الزرع الزام الضرر وجوابه أن المراد بكل ذلك على وجه التخيير

وقال شمس الأئمة هذا هو الأصح في ديارنا والمصنف جعل الأعمال ثلاثة ما كان قبل الإدراك كالسقي والحفظ وهو من أعمالها وما كان بعد الإدراك قبل القسمة كالخصاد والدياس ونحوهما وما كان بعد القسمة كالجمل إلى البيت والطحن وأشباههما وهما ليسا من أعمالها فيكونان عليهما لكن فيما هو قبل القسمة (٤٥) على الاشتراك وفيما هو بعدهما

على كل واحد منهما ما في نصيبه خاصة يتميز ملك كل واحد منها عن ملك الآخر فكان التدبير في ملكه إليه خاصة (والمعاملة قياس هذا) أي المساقاة أيضا على هذه الوجوه وقوله (لأنه مال مشترك) سماه مشتركا بعد القسمة باعتبار ما كان وقيل باعتبار أن المجموع بعد القسمة بينهما الأثرى أن نصيب كل واحد إذا كان معنفا في قرية يقال لهم شركاء في القرية

كتاب المساقاة

كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الأحاديث في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر إلا أن اعتراض موجبين صوب إيراد المزارعة قبل المساقاة أحدهما شدة الاحتياج إلى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تقرير مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة

(قوله وقال شمس الأئمة هذا هو الأصح في ديارنا) أقول وفيه بحث لأن

قال شمس الأئمة السرخسي هذا هو الأصح في ديارنا فالحاصل أن ما كان من عمل قبل الإدراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهم ما في ظاهر الرواية كالخصاد والدياس وأشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهم ما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل الإدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الإدراك كالجداد والحفظ فهو عليهم ما ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لأنه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهم لأنه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الخصاد في الزرع على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه ولو أراد فصل الفصيل أو جذ الثمر سيرا أو التقاط الرطب فذلك عليهم لأنهما أنبيا العقد لما عزمنا على الفصل والجداد يسرا فصار كما بعد الإدراك والله أعلم

كتاب المساقاة

(قال أبو حنيفة المساقاة يجز من الثمر باطلا وقالا جائزة إذا ذكروا مدة معلومة وسمى جزأ من الثمر مشاعا)

لانتفاعه بنصيبه وبأجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فإنه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل فر بما يخاف أن يصيبه من الزرع ما لا يفي بذلك كذا في العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول إن رب الأرض أيضا ليس بمنعنت في طلب القلع بل هو يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من النفقة على تقدير الإبقاء فر بما يخاف أن يصيبه من الزرع ما لا يفي بنفقة حصته فليتنامل اه

كتاب المساقاة

قال في غاية البيان كان من حق الوضع أن يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة لأن المساقاة جائزة بلا خلاف ولهذا قدم الطحاوي المساقاة على المزارعة في مختصره إلا أن المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد وكان الحاجة إليها أكثر من المساقاة فقد دلت على المساقاة ولأن المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الأئمة كانت الحاجة إلى علمها أمس فقدمت ولأن تقرير دعائها أكثر من تقرير دعاء المساقاة انتهى أقول في تقريره نوع خلل فإنه قال في أوائل كلامه لأن المساقاة جائزة بلا خلاف وذلك يقتضي عدم وقوع الخلاف أصلا في جواز المساقاة وليس كذلك قطعا لأن أبا حنيفة لم يجزها كما ذكر في نفس الكتاب حيث قال قال أبو حنيفة المساقاة يجز من الثمر باطلا وكذا زفر لم يجزها كما ذكر في عامة الشروح وقال جمهور الشراح كان من حق المساقاة أن تقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الأحاديث في معاملة النبي عليه السلام بأهل خيبر إلا أن اعتراض موجبين صوب إيراد المزارعة قبل المساقاة أحدهما شدة الاحتياج إلى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تقرير مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة أقول فيه أيضا ثلثي وهو أن قولهم ولورود الأحاديث في معاملة النبي عليه السلام بأهل خيبر محل نظر فإن الأحاديث كما وردت في حق المساقاة ووردت في حق المزارعة أيضا من غير فصل سيما الأحاديث الواردة بطرق شتى في قصة أهل خيبر وعن هذا قال المصنف في أوائل كتاب المزارعة وهي بمعنى المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة وقالوا جائزة لما روي أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع انتهى وكأن كلاما من فريق الشراح اطلع على ما في

كونها أصح إما أن يكون رواية أو دراية ولا يصح شيء منهما لأن الروايات والدلائل لا تتعلق بديار دون أخرى ويمكن أن يقال دليل هذه المسئلة العرف وهو يختلف باختلاف الديار والله أعلم

(والمساقاة هي المعاملة) بلغة أهل المدينة ومفهومها اللغوي هو مفهومها الشرعي فهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام في المزارعة يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وهي غير جائزة عند أبي حنيفة كالمرارعة (٤٦) وبه أخذ زفر وجائزة عند أبي يوسف ومحمد وهو قول ابن أبي ليلى وقال الشافعي

والمساقاة هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة لا تتبع للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة أشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرطت الشركة في الربح دون البذر بأن شرطت ارفعه من رأس الخارج تفسد فجعلنا المعاملة أصلاً وجوزنا المزارعة تبعاً لها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج لان الثمر لا درا كهما وقت معلوم وقلياً يتفاوت ويدخل فيه اما هو المتيقن وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لانه نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيراً فيفاوضها وبيعها والانتفاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا فقد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها فتفاوتنا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة

كلام الآخر من الخلل حيث ترك ما أدخل به الاخر كما ترى (قوله والمساقاة هي المعاملة) قال في العناية والمساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هي عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة وفي الشرع عقد على دفع الشجر الى من يصلحه يجز من ثمره وقال في الحاشية مفهومها اللغوي أعم من الشرعي لاعنيه كما قوه منه صاحب العناية انتهى أقول ليس ذلك بوارد اذا الظاهر أن المراد بالمعاملة في قوله المساقاة هي المعاملة المعهودة بين الناس السماة بالمساقاة بلغة أهل المدينة وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها وليس المراد بها مطلق المعاملة الشاملة للسل البيع والاجارة وسائر العقود حتى يكون مفهومها اللغوي أعم من مفهومها الشرعي والايضاح أن لا يصح قوله المساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة اذ لا شأن أن أهل المدينة لا يطلقون لفظ المساقاة على كل معاملة بل انما يطلقونه على معاملة مخصوصة معهودة بين الناس وقد اعترف بذلك الراد أيضاً بأن المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة فلا يتصور أن يكون مفهومها اللغوي أعم من الشرعي كما لا يخفى (قوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة) قال في العناية يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة انتهى أقول في هذا التفسير خلل لان الشرائط التي ذكرت للمزارعة ليس كلها شرطاً للمساقاة فان شرائط المساقاة أربعة كما نص عليه الامام فاضيل في فتاواه وذكر في النهاية وغيرها أيضاً شرائط المزارعة ثمانية كما مر في الكتاب في أوائل المزارعة فكيف يتم القول بأن شرائط المساقاة هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وقد سبق صاحب الكفاية الى هذا التفسير الذي ذكره صاحب العناية ولكن قيده بما يصلح في الجملة حيث قال أي وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة مما يصلح شرطاً للمساقاة انتهى ثم أقول لعل مراد المصنف بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة أن الدليل على جوازها أو عدم جوازها على القولين كما مر في المزارعة ويرشد اليه قوله وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة

رحمه الله المعاملة جائزة والمزارعة لا تجوز لا تبعاً له اذ ذلك بان يكون النخيل والكروم في أرض بيضاء تسقى بماء النخيل فيأمر بأن يزرع الارض أيضاً بالنصف وقد ذكر دليله في الكتاب وهو واضح والجواب أن مساس الحاجة الى تجوزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان ألحقها بالمضاربة فجازت منفكة عن المعاملة وقوله (وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمر) معناه لو دفع رطبة فدانتها حتى جذاها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على أن مارزق الله تعالى من بذر فهو بينهما نصفين جاز اذا كان البذر مما يرغب فيه وحده لانه يصرف في معنى الثمر للشجر وهذا لان ادراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت معين والبذر يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحاً والرطبة لصاحبها وقوله (غرسا قد علق) أي نبت ولم يبلغ حد الثمار ظاهر وقوله (بخلاف ما اذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها) معناه حتى تذهب أصولها وينقطع لانها نباتها وقوله (أو أطلق في الرطبة) يعني لم يقل حتى تذهب أصولها (فسدت المعاملة) معناه اذا لم يكن للرطبة جذة معلومة فان كان فهي جائزة كالأطلق في النخيل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى وقد ترك المصنف في كلامه قيدين لا غنى عنهما فكان ايجازاً مختلاً

الانما ظاهر وقوله (بخلاف ما اذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها) معناه حتى تذهب أصولها وينقطع لانها نباتها وقوله (أو أطلق في الرطبة) يعني لم يقل حتى تذهب أصولها (فسدت المعاملة) معناه اذا لم يكن للرطبة جذة معلومة فان كان فهي جائزة كالأطلق في النخيل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى وقد ترك المصنف في كلامه قيدين لا غنى عنهما فكان ايجازاً مختلاً

(قوله يعني شرائطها التي ذكرت للمزارعة) أقول فيه بحث

وقوله (لأنها تنمو ما تركت في الأرض) دليل الرطوبة ولم يذ كر دليل النخيل والرطوبة إذا شرط القيام عليهم ما حتى تذهب أصولهم - لأنه
لأنها نهاية ذلك فكان غير معلوم وقوله (لا يخرج الثمر فيها) أي في الوقت أنه بتأويل المدة قال (وتجوز المساقاة في النخيل والشجر)
هذا بيان ما تجرى فيه المساقاة وما لا تجرى فيه وخصص الشافعي رحمه الله جوازها بما ورد فيه إلا أن من حديث خبير وكان في النخل
والكرم (ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت) وعموم العلة يقتضي (٤٧) عموم الحكم ولا نسلم أن أثر خبير
خصهما إلا أن أهلها يعملون
في الأشجار والرطب أيضا
ولئن سلمنا ذلك لكن
الأصل في النصوص
التعليل لاسم على أصله
فإن بابه عنده أوسع لأنه
يرى التعليل بالعلة القاصرة
وبكل وصف قام دليل
التمييز على كونه جامع بين
الأوصاف وأما نحن فإنا
لأنجوزه بالعلة القاصرة
وبشرط قيام الدليل على
أن هذا النص بعينه
معلول وموضعه أصول
النفس وقوله (وليس
لصاحب الكرم) واضح
وقوله (لما قدمناه) وفي
بعض النسخ على ما قدمناه
إشارة إلى ما ذكره في
المزارعة بقوله (وإذا عفت
المزارعة فامتنع صاحب
البذر من العمل لم يجبر
عليه الخ) والحاصل أن
المساقاة لم تشمل على ضرر
فكانت لازمة من الجانبين
بخلاف المزارعة فإن
صاحب البذر يلحقه ضرر
في الحال بالقاء بذره في
الأرض فلم تكن لازمة من
جهته ثم عذر صاحب الكرم
لحق دين فادح لا يمكنه

لأنها تنمو ما تركت في الأرض جهلت المدة (وبشرط تسمية الجزء مشاعا) لما بينا في المزارعة
أذ شرط جزء معين بقطع الشركة (فإن سميا في المعاملة وقتا يعلم أنه لا يخرج الثمر فيها ففسدت المعاملة)
لقوات المقصود وهو الشركة في الخارج (ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت) لأنها
لا تنقضي بقوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وإن تأخر فلا يعمل
أجر المثل لفساد العقد لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما إذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما إذا
لم يخرج أصلا لأن الذهاب بأية فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ولا شيء لسكل واحد منهما
على صاحبه قال (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطب وأصول الباذنجان) وقال
الشافعي في الجديد لا تجوز إلا في الكرم والنخل لأن جوازها بالآثر وقد خصهما وهو حديث خبير ولنا
أن الجواز للحاجة وقد عمت وأثر خبير لا يخصهما إلا أن أهلها كانوا يعملون في الأشجار والرطب أيضا
ولو كان كما زعم فالأصل في النصوص أن تكون معلولة سماعا على أصله (وليس لصاحب الكرم أن
يخرج العامل من غير عذر) لأنه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد (وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير
عذر) بخلاف المزارعة بالاضافة إلى صاحب البذر على ما قدمناه قال (فإن دفع فخل فيه ثم مساقاة
والتميز يد بالعمل جاز وإن كانت قد انتهت لم يجز) وكذا على هذا إذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو
استخذه وأدرك لم يجز لأن العامل إنما يستحق بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو جوزه
لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقيق الحاجة إلى العمل

الاتباع الخ فإنه بيان قول ثالث فارق بين كون المزارعة أصلا وكونها تبعا فلا كان المراد بقوله والكلام
فيها كالكلام في المزارعة بيان شروط المساقاة كان ذكره بين بيان الأقوال الثلاثة المذكورة أجنبيا كما
لا يذهب على ذي فطانة (قوله لأنها تنمو ما تركت في الأرض جهلت المدة) قال صاحب العناية وقوله
لأنها تنمو ما تركت في الأرض دليل الرطوبة ولم يذ كر دليل النخيل والرطوبة إذا شرط القيام عليهم ما حتى
يذهب أصولهم - لأنه لأنه نهاية ذلك فكان غير معلوم وفي نسخة فكان معلوما انتهى أقول فيه كلام
أما أولا فلأن كون قوله لأنها تنمو ما تركت في الأرض دليل الرطوبة وحدها ممنوع بل يمكن أن يجعل دليلا
على المجموع لجر يائه في المجموع كيف لا ولا شك أن الدليل وهو قوله لأنه لأنه ليس لذلك نهاية معلومة بعم
المجموع فينبغي أن يعم ذلك الدليل أيضا المجموع عند ما كان ذلك وأما ثانيا فلأن ما ذكره من العذر لعدم
ذكر المصنف دليل النخيل والرطوبة إذا شرط القيام عليهم ما حتى يذهب أصولهم ليس بتمام أما على النسخة
الاولى التي معناها لأنه لأنه نهاية لذلك أي لزمان ذهاب أصولهم فكان أي المدة بتأويل الوقت غير معلوم
فلأنه يرد عليه أنه إنما يفيد تحقق تبينك الصورتين أيضا ولا يتم عذرا لعدم ذكر دليلهما كما هو المقصود
وأما على النسخة الثانية التي معناها لأنه لأنه نهاية لذلك فكان معلوما أي كان دليل تبينك الصورتين معلوما
أظهر أفساد جهالة المدة العقد فلم يحتج إلى ذكره فلأنه يرد عليه أن يقتضي أن لا يذ كر دليل الرطوبة
أي بالان حاصل ذلك الدليل أيضا جهالة المدة فينبغي أن لا يذ كر ذلك أيضا بناء على كونه معلوما قائل

الابقاء لا يبيع الكرم وعذر العامل المرض وقوله (ولم يرد به الشرع) لأنها جوزت بالآثر فيما يكون أجر العامل بعض الخارج
(قوله ولم يذ كر دليل النخيل والرطوبة) أقول فيه بحث (قوله وبشرط قيام الدليل الخ) أقول زائد على شرط قيام دلالة التمييز بين
وصف ووصف على أن هذا الوصف هو مناط الحكم (قوله لحق دين فادح) أقول بالقاء (قوله وقوله ولم يرد به الشرع لأنها الخ)
أقول فيه بحث

قوله (واذا فسدت المساقاة) واضح وقوله (والخارج بسرف للعامل أن يقوم عليه) جواب الاستحسان إبقاء للعقد دفعا للضرر عنه وأما في القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما وكان البسرين ورثة صاحب الأرض وبين العامل نصفين إن شرط أنصافا لأن صاحب الأرض أسنأ جرا للعامل ببعض الخارج والاجارة تنقض موت أحد المتعاقدين والباقي واضح علم بما ذكرنا نظيره في المزارعة وقوله (وهذا خلافة في حق مالي) جواب عما يقال كان للورث الخيار وقد مات والخيار لا يورث كما تقدم في شرط الخيار وهو واضح وقوله (والخارج بسرف أخضر فهذا الأول) (٤٨) يعني صورة الموت (سواء للعامل بالخيار إن شاء عمل كما كان يعمل

لكن بغير أجر لأن الشجر لا يجوز استجاره) وإن أبي خبر الآخر بين الخيارين الثلاث بخلاف المزارعة في هذا أي فيما إذا انتقضت مدة المزارعة لأن الأرض يجوز استجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا لما ذكره في الكتاب وهو واضح قال (وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات) يريد به قوله ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي العقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض إلى آخره (وقد بينا وجوه العذر فيها) أي في الاجارة وكلامه واضح

قال (واذا فسدت المساقاة للعامل أجر من له) لأنه في معنى الاجارة الفاسدة وصار كالمزارعة إذا فسدت قال (وتبطل المساقاة بالموت) لأنها في معنى الاجارة وقد بينا فيها أن مات رب الأرض والخارج بسرف للعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر وإن كره ذلك ورثة رب الأرض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر (ولو التزم العامل الضرر بتخيار ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لأنه ليس له الحاق الضرر به - ثم وقد بينا نظيره في المزارعة (ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وإن كره رب الأرض) لأن فيه النظر من الجانبين (فإن أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الأرض بين الخيارين الثلاثة) التي بينها (وإن ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل) لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الادراك لأن يكون وارثه في الخيار (فإن أبي ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض) على ما وصفنا قال (واذا انتقضت مدة المعاملة والخارج بسرف أخضر فهذا الأول سواء للعامل أن يقوم عليها إلى أن يدرك لكن بغير أجر) لأن الشجر لا يجوز استجاره بخلاف المزارعة في هذا لأن الأرض يجوز استجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليهما لأنه لما وجب أجر مثل الأرض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا أجر فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها قال (وتفسخ بالاعذار) لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها أن يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والتمر قبل الادراك لأنه يلزم صاحب الأرض ضرر لم يلزمه ففسخ به ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل لأن في الزامه استجار الاجارة زيادة ضرر عليه ولم يلزمه فيجعل ذلك عذرا

(قال المصنف ويرجعوا بذلك في حصة العامل) أقول قال العلامة الزيلعي في رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه لأن العامل إنما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه وله إذا اختار المضي ولم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلورجعوا عليه

(قوله ولو التزم العامل الضرر بتخيار ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر) قال الإمام الزيلعي في شرح الكنز وفي رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه لأن العامل إنما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا إذا اختار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلورجعوا عليه بحصته فقط يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة أيضا انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نفي ذلك قلت لا اشكال إذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بحصته كما فهمه هذا العلامة انتهى أقول ما قاله ذلك البعض من المعنى خلاف ما صرحوا به في هذا المقام فإن عبارة الكافي للعلامة النسفي وعبارة شرح الكافي للحاكم الشهيد وعبارة غاية البيان وغيرها كذا وإن شاءوا أنفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمر كما مر في المزارعة انتهى ولا شك أنها صريحة في أن ما يرجعون به

بحصته فقط يؤدي إلى أن العمل يجب عليهم ما حتى يستحق المؤنة بحصته فقط وهذا خلف لأنه يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة أيضا انتهى قلت لا اشكال إذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بحصته كما فهمه هذا العلامة ثم أقول قوله لأنه يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة الخ يعني بعض هذه المساقاة فانهما بقي استحسانا بخلاف ما إذا انتقضت مدة العقد في المزارعة على ما مر لكن لا أن تقول بقاؤها استحسانا كان نظر العامل فإذا التزم الضرر بتمت العقد صرح به في النهاية

وقوله (فيه روايتان) يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احدهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذروه وما يلحقه به ضرره وههنا ليس كذلك وفي الاخرى عذروا تأويله ان يشترط العمل بيده فاذا ترك ذلك العمل كان عذرا اما اذا دفع اليه النخل على ان يعمل فيها بنفسه وبأجرائه فعليه ان يستخلف غيره فلا يكون ترك العمل عذرا (٤٩) في فسخ المعاملة (ومن دفع أرضا

بيضاء ليس فيها شجر الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر بين رب الارض والغرس نصفين لم يجز ذلك حاصل قبل الشركة لا بعمله (وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغرس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل) لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها وأجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها

نصف نفقتهم لاجتماعهما في تنسيق العمل على خلاف ذلك (قوله ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان) قال في العناية يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احدهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذروه وما يلحقه به ضرره وههنا ليس كذلك وفي الاخرى عذروا انتهى أقول في تفسير كلام المصنف بالوجه المذكور خلل اذ يصير حاصل معناه حينئذ في كون ترك العمل عذرا روايتان احدهما كونه عذرا والآخر عدم كونه عذرا فيؤدي الى كون الشيء طرفا لنفسه ولنقيضه ولا يخفى بطلان ذلك والوجه عندي ان معنى قول المصنف فيه روايتان في جواب هذه المسئلة وهي قوله هل يكون عذرا فيه روايتان احدهما بالاجاب وهو ان يكون عذرا والآخر بالسلب وهو ان لا يكون عذرا حينئذ لا غبار فيه كما لا يخفى على الفطن (قوله وتأويل احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته) أقول فيه انه انما يكون عذرا من جهته ان لو ترك ذلك العمل اضطرارا بسبب حدوث مرض أو نحو ذلك وأما اذا تركه بالاختيار فلا يظهر وجه كونه عذرا من جهته والكلام ههنا في الترتيب الاختياري لان الترتيب الاضطراري انما يكون بسبب عذر مقرر وقد مر مسئلة جواز الفسخ بالا عذار رواية واحدة فذكر مسئلتهما هذه بعد ما بيان وقوع الروايتين فيما يدل على ان المراد بترك ذلك العمل في قوله ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هو الترتيب الاختياري لا غير قتأمل (قوله وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض) قال صاحب النهاية يعني لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمها لشجر الغراس بل يكون تسليمها لقطعة خشبية وهو ما شرط ذلك بل شرط تسليم الشجر بقوله على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغرس نصفين فلما لم يكن تسليمها وهي نابتة وجب رد قيمتها انتهى واقفي أثره في شرح هذا المحل على هذا المنوال صاحب معراج الدراية وصاحب العناية واعترض بعض الفضلاء على قولهم لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمها للشجر بل يكون تسليمها لقطعة خشبية حيث قال فيه بحث اذ لا نسلم انه حينئذ لم يكن تسليمها للشجر انتهى أقول منع ذلك مكابرة لان الشجر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة ما كان على ساق من نبات الارض فاذا قلع الغراس لم يصدق عليه هذا الحد فلا يطلق عليه لفظ الشجر فلا يكون تسليم المقلوع تسليم الشجر لا محالة بل يكون تسليمها لقطعة خشبية كما قاله هؤلاء السراح نعم ان قولهم كان المشروط تسليم الشجر لا تسليم قطعة خشبية مستدرك لا يجدي طائلا ههنا لان استحقاق الغراس للشجر ليس بمقتضى الشرط بل يكون الشجر ملكا كما صرحوا به وله هذا يجب على رب الارض رد قيمة تمام الغراس مع كون المشروط ان يكون

بيضاء ليس فيها شجر الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصل قبل الشركة لا بعمله (وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغرس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل) لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها وأجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها

نصف نفقتهم لاجتماعهما في تنسيق العمل على خلاف ذلك (قوله ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان) قال في العناية يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احدهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذروه وما يلحقه به ضرره وههنا ليس كذلك وفي الاخرى عذروا انتهى أقول في تفسير كلام المصنف بالوجه المذكور خلل اذ يصير حاصل معناه حينئذ في كون ترك العمل عذرا روايتان احدهما كونه عذرا والآخر عدم كونه عذرا فيؤدي الى كون الشيء طرفا لنفسه ولنقيضه ولا يخفى بطلان ذلك والوجه عندي ان معنى قول المصنف فيه روايتان في جواب هذه المسئلة وهي قوله هل يكون عذرا فيه روايتان احدهما بالاجاب وهو ان يكون عذرا والآخر بالسلب وهو ان لا يكون عذرا حينئذ لا غبار فيه كما لا يخفى على الفطن (قوله وتأويل احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته) أقول فيه انه انما يكون عذرا من جهته ان لو ترك ذلك العمل اضطرارا بسبب حدوث مرض أو نحو ذلك وأما اذا تركه بالاختيار فلا يظهر وجه كونه عذرا من جهته والكلام ههنا في الترتيب الاختياري لان الترتيب الاضطراري انما يكون بسبب عذر مقرر وقد مر مسئلة جواز الفسخ بالا عذار رواية واحدة فذكر مسئلتهما هذه بعد ما بيان وقوع الروايتين فيما يدل على ان المراد بترك ذلك العمل في قوله ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هو الترتيب الاختياري لا غير قتأمل (قوله وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض) قال صاحب النهاية يعني لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمها لشجر الغراس بل يكون تسليمها لقطعة خشبية وهو ما شرط ذلك بل شرط تسليم الشجر بقوله على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغرس نصفين فلما لم يكن تسليمها وهي نابتة وجب رد قيمتها انتهى واقفي أثره في شرح هذا المحل على هذا المنوال صاحب معراج الدراية وصاحب العناية واعترض بعض الفضلاء على قولهم لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمها للشجر بل يكون تسليمها لقطعة خشبية حيث قال فيه بحث اذ لا نسلم انه حينئذ لم يكن تسليمها للشجر انتهى أقول منع ذلك مكابرة لان الشجر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة ما كان على ساق من نبات الارض فاذا قلع الغراس لم يصدق عليه هذا الحد فلا يطلق عليه لفظ الشجر فلا يكون تسليم المقلوع تسليم الشجر لا محالة بل يكون تسليمها لقطعة خشبية كما قاله هؤلاء السراح نعم ان قولهم كان المشروط تسليم الشجر لا تسليم قطعة خشبية مستدرك لا يجدي طائلا ههنا لان استحقاق الغراس للشجر ليس بمقتضى الشرط بل يكون الشجر ملكا كما صرحوا به وله هذا يجب على رب الارض رد قيمة تمام الغراس مع كون المشروط ان يكون

(قوله فانه لو قلع الغراس

(٧ - تكمله ثامن) وسلمها لم يكن تسليم الشجر بل يكون تسليمها لقطعة خشبية ولم يكن مشروطا) أقول فيه بحث اذ لا نسلم انه حينئذ لم يكن تسليمها للشجر ولعل معنى كلام المصنف ان العامل لما غرسه بأمر رب الارض في أرضه صار كأن رب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغرس بايصاله بأرضه مستهلكا له بالعاقبة فيها فتعذر الرد لعدم امكان تخليصه من الارض بتمامه كالصبيغ من التوب (قوله بل المشروط تسليم الشجر بقوله الخ) أقول فيه بحث فان تسليم الشجر ليس بالشرط بل لانه كان ملكا للغراس

(وفي تخريجها طريق آخر ذكره المصنف رحمه الله في كفاية المنتهى) وهو شراء رب الأرض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها أو جميعها لكونها معدومة عند العقد لا لكونه في معنى قفيز الطحان قال المصنف رحمه الله (وهذا) يعني المذكور في الهداية (أصحهما) لأنه نظير من استأجر صباغا لصبغ ثوبه بصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ في أن الغراس آفة يجعل الأرض بها سنانا كالصبغ للثوب فإذا فسدت الأجرة بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الأرض وهي متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه وأجر عمله والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الذبائح ﴾

المناسبة بين المزارعة والذبائح كونها متلافا في الحال للانتفاع في المال فإن الزراعة انما تكون باتلاف الحب في الأرض للانتفاع بما ينبت منها والذبائح اتلاف الحيوان ٥٥ بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك واعلم أن العراقيين ذهبوا

وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا أصحهما والله أعلم

﴿ كتاب الذبائح ﴾

الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين تدبر ترشد (قوله وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى) يعني وفي تخريج هذه المسئلة طريق آخر أي دليل آخر سوى ما ذكرناه في كتابنا هذا من طريق قفيز الطحان بيناه أي بيننا ذلك الطريق الآخر في كفاية المنتهى قال كثير من الشراح في تفسير ذلك الطريق وهو شراء رب الأرض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها أو جميعها للاعتبار معنى الاستئجار الذي هو في معنى قفيز الطحان انتهى أقول يرد على الصورة الثانية مما ذكره وهي قولهم أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج أنهم لا تصلح لأن تكون طريق تخريج هذه المسئلة لأن وضع هذه المسئلة على أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين وفي الصورة المذكورة يكون جميع الغراس لرب الأرض فلا يتصور المناصفة في الشجر

﴿ كتاب الذبائح ﴾

قال جمهور الشراح المناسبة بين المزارعة والذبائح كونها متلافا في الحال للانتفاع في المال فإن المزارعة انما تكون باتلاف الحب في الأرض للانتفاع بما ينبت منها والذبائح اتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك انتهى أقول يتجه على ظاهر ما ذكره من المناسبة أنه انما يقتضي تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة بالذبائح اذ لا اتلاف في المساقاة والذي وقع في ترتيب الكتاب تعقيب المساقاة بالذبائح لا تعقيب المزارعة بها فلا يتم التقريب اللهم إلا أن يقال جعلوا المزارعة والمساقاة في حكم شيء واحد بناء على اتحادهما في أكثر الشرائط والاحكام كما تقر في مباحثهما فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح بمنزلة المناسبة بين المساقاة والذبائح فاكتموا بذلك وعن

إلى أن الذبح مخطور عقلا ولكن الشرع أحله لأن فيه اضرازا بالحيوان وقال شمس الأئمة هذا عندى باطل لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان مخطورا عقلا كالكذب والظلم والسفه وأجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب وليس الذبح كالكذب والظلم لأن المخطور العقلي ضريان ما يقطع بخرجه فلا يرد الشرع بإباحته إلا عند الضرورة وما فيه نوع تجوز

من حيث تصور منفعة فيجوز أن يرد الشرع بإباحته ويقدم عليه قبله نظر إلى نفعه كالحمامة للإطفال وتداويمهم بما فيه (قال) ألم لهم والد ذكاة الذبح وأصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاه السن بالمدلنهاية الشباب وذكاه النار بالقصر لتمام اشتغالها ومعنى

(قوله أو شراؤه جميع الغراس) أقول منظور فيه اذ لا يمكن أن يكون طريق تخريج مسئلة الكتاب لأن الغراس فيها بينهما

﴿ كتاب الذبائح ﴾

(قوله المناسبة بين المزارعة والذبائح الخ) أقول ينبغي أن يبين المناسبة بين الذبائح والمساقاة فانه ذكر بعد كتاب المساقاة ويقول في كليهما صلاح ما لا ينتفع به بالكل في الحال للانتفاع في المال (قوله لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام) أقول ولك أن تقول حرمة ما أهل به لغير الله تعالى علمت بالشرع فلا يمنع أكل ذبائح المشركين قبل ورود الشرع بحرمتها (قوله يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب) أقول لفظة ما بمعنى الذي وقوله يأكل أي يأكله وقوله ذبائح خبر يكون والمعنى الذي كان يأكل رسول الله صلى الله عليه وسلم يجوز أن يكون ذبائح أهل الكتاب لذبائح المشركين

قال (الذكاة شرط حل الذبيحة)

هذا ترى كثيرا من أصحاب معتبرات الفتاوى كالذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيجان وغيرها كتفوا بذكر كتاب المزارعة وجعلوا المساقاة بامنها وعنونوها بالمعاملة وذكروا كل واحدة من المزارعة والمساقاة في الكتاب بكتاب على حدة لا يدل على استبدال كل واحدة منهما بذاتها واختصاصها بأحكامها بل يكفي جهة التغير بينهما في الجملة ألا ترى أنهم ذكروا الصرف بكتاب على حدة عقيب ذكروه - ثم كتاب البيوع مع أنه من أنواع البيوع قطعاً كما صرحوا به ثم إن الذبائح جمع ذبيحة وهي اسم ما يذبح كالذبيح والذبيح مصدر ذبح إذا قطع الأوداج كذا في الكافي والكفاية اعلم أن بعض العراقيين من مشايخنا ذهبوا إلى أن الذبيح محظور عقلاً لما فيه من إيلام الحيوان ولكن الشرع أحله قال شمس الأئمة السرخسي في المبسوط بعد نقل قولهم وهذا عندي باطل لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظوراً عقلاً كالكذب والظلم والسفاهة انتهى وقال في العناية بعد ذكر ذلك أجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب وليس الذبيح كالكذب والظلم لأن المحظور العقلي ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع بإباحته إلا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز أن يرد الشرع بإباحته ويقدم عليه قبله نظر إلى نفعه كالجماعة للأطفال وتداويهم بما فيه ألم لهم انتهى وقال العيني بعد نقل ما قاله شمس الأئمة السرخسي والجواب المذكور في العناية قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر أما الأول فلأنه يحتاج إلى دليل على أنه كان يذبح بنفسه قبل البعثة وأما الثاني فكذلك يحتاج إلى دليل على أنه كان يأكل من ذبائح أهل الكتاب فلم لا يجوز أنه لم يكن أكل شيئاً من الذبيحة إلا بعد البعثة انتهى أقول ليس هذا بشيء لأن كون النبي صلى الله عليه وسلم يتناول اللحم قبل البعثة أمر متواتر لا يحتاج إلى دليل والدليل على أنه كان يذبح بنفسه عند شمس الأئمة أن لا يظن به عليه السلام أنه كان يأكل ذبائح المشركين كما ذكره والمجيب يمنع ذلك بناء على جواز أنه كان يأكل ذبائح أهل الكتاب ولا يلزمه الدليل عليه ولا يحتاج إليه لكونه مانعاً مستنداً فلا محل لنظره أصلاً (قوله قال الذكاة شرط حل الذبيحة) قال في غاية البيان وهذا وقع على خلاف وضع الكتاب لأنه إذا ذكر لفظ قال في أول المسئلة كان يشير به إلى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدوري وهنالك تقع الإشارة إلى أحدهما أو لهما هذا لم يذكره في البداية وكان ينبغي أن لا يورد لفظ قال أو يقول قال العبد الضعيف مشير به إلى نفسه انتهى وقال العيني بعد نقل ذلك قلت هذا تطويل بلا فائدة لأنه ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظه قال باضممار الفاعل وأراد به نفسه فهذا أيضاً مستلزم تعيين الفاعل ألا ترى أنه عند استناد القول إلى القدوري أو محمد بن الحسن لم يصرح بفاعله وكذلك عند استناده إلى نفسه ولا يخفى هذا الأعلى من لم يميز مسائل القدوري من مسائل الجامع الصغير ومن لم يميز بينهما لم يستحق الخوض في الهداية انتهى كلامه أقول الحق ما ذكر في غاية البيان وقول العيني ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظه قال باضممار الفاعل وأراد به نفسه أن أراد به أنه ذكرها في أول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشير بها إلى نفسه فهو فورية بلا مرية فإنه إذا ذكرها في أول المسئلة كان يشير بها إلى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدوري على الأثر المذكور صاحب الغاية وإن أراد بذلك أنه ذكرها في غير أول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشير بها إلى نفسه فهو واقع ولكن إذا ذكرها في مثل تلك المواضع كان يقول قال العبد الضعيف على ما وقع في النسخ القديمة أو قال رضي الله عنه على ما وقع في النسخ الجديدة ولم يقع منه ذلك لفظه قال وحدها في مثل تلك المواضع فقط وهذا غير خاف على من له دراية بأساليب كلام المصنف فالشارح العيني مكابر فيما ذكره ههنا

قوله (الذكاة شرط حل
الذبيحة) الذبيح شرط حل
أكل ما يؤكل لحمه من
الحيوان

لقوله تعالى الاماذ كيتم بعد قوله حرمت عليكم الميتة والدم الخ استثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالا والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا ولان غير المذكى ميتة وهي منصوص عليها بالحرمة ولان الدم حرام لحماسته لما تناولوا وهو غير متميز من اللحم وانما يتميز بالذكاة فلا بد منها لتمييز النجس من الطاهر ولا يلزم الجراد والسملك لان حلقهما بلا ذبح ثبت بالنص وكما ثبت بالذبح الحل في الماء كقول يثبت به الطهارة في غيره لان الذكاة تنفي عن الطهارة ومنها قوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الارض يسها يعني انما اذا ليست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما أن الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب (وهي) يعني الذكاة (اختيارية كالجرح فيما بين الالبنة) وهي الصدر والحيين واضطرارية وهو الجرح في أى موضع كان من البدن قوله (والثاني كالبدل عن الاول) واضح وانما قال كالبدل لان الابدال تعرف بالنص ولم يرد فيه وقد وجدت اشارة البدلية فقال كالبدل (ومن شرطه) أى ومن شرط الذبح أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابي فانه يدعى ملة التوحيد وانما محل ذبيحته اذا لم يذكروفت الذبح اسم عزير والمسيح لقوله تعالى وما اهل به لغير الله ومن شرطه أن يكون حلالا خارج الحرم كما سيجيء قال (وذبيحة المسلم والكتابي حلال الخ) ذبيحة المسلم والكتابي ذميا (٥٢) كان أو حرى باحلال اذا أنى به مذبحا أو ما اذا ذبح بالحضور فلا بد من

الشرط المذكور وهو أن لا يذكر غير اسم الله تعالى (وقوله لما تناولوا) اشارة الى قوله تعالى الاماذ كيتم ولما استشعر أن يقال الا ماذ كيتم عام مخصوص لخروج الوثني والممرتد والمجوسي فلا يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم قال البخارى في صحيحه قال ابن عباس رضى الله عنهما طعامهم ذبايحهم واستدل بعض على ذلك بأنه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكاة فائدة فان المجوسى اذا اصطاد

لقوله تعالى الاماذ كيتم ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في الماء كقول وغيره فانها تنفى عنها ومنه قوله عليه السلام ذكاة الارض يسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين الالبنة والحيين واضطرارية وهي الجرح في أى موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا الاول اعمل في اخراج الدم والثاني أقصر فيه فاكفى به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابي وأن يكون حلالا خارج الحرم على ما بينه ان شاء الله تعالى قال (وذبيحة المسلم والكتابي حلال) لما تناولوا لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيبا أو مجنونا أو امرأة أما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة

(قوله لقوله تعالى الاماذ كيتم) فان حكم ما بعد الاستثناء بخالف ما قبله وقد قال الله تعالى قبله حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى آخره فاستثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالا قال صاحب العناية والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا انتهى أقول ليس هذا الكلام منه بمعقول المعنى لان ثبوت الحل بالشرع مما لا ينافى كون الصفة المشتق منها التي هي الذكاة علة للحكم كما لا يخفى على ذى مسكة (قوله وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تناولوا) وقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) عني بقوله لما تناولوا قوله تعالى الاماذ كيتم وهو في حق المسلم وقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم في حق الكتابي من باب اللف والنشر كذا ذكره تاج الشريعة وهو الاحسن عندى أيضا في بيان مراد المصنف هنا قال صاحب العناية وقوله لما تناولوا اشارة الى قوله تعالى

سمكة حل أكلها وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على نفي ما عداه (ويحل اذا كان الذابح يعقل التسمية) قبل يعنى يعقل لفظ التسمية وقيل يعقل أن حل الذبيحة بالتسمية (والذبيحة) يعنى بقدر على الذبح ويضبطه أى يعلم شرائط الذبح من فري الاوداج والخلقوم (وان كان) أى الذابح (صبيبا أو مجنونا) قال في النهاية أى معنوها لان المجنون لا قصده ولا بد منه لان التسمية

(قوله والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا) أقول فيه بحث فان الثبوت بالشرع لا ينافى كون المشتق منه علة للحكم وذلك لا يخفى على أحد (قوله ولان غير المذكى ميتة الخ) أقول فيه بحث (قوله كما أن الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب) أقول فيه أن جعلها مشهبا بها لا يلائم مرام المقام اذ المطلوب اثبات طهارتها (قوله كالكتابي فانه يدعى ملة التوحيد) أقول فيه شئ فان النصارى مثلثة فكيف يدعون ملة التوحيد (قوله ولما استشعر أن يقال الاماذ كيتم عام) أقول ويمكن أن يقال بل الذى استشعر أن يقال الخطاب في ذكيتم للوثنيين كالخطاب في عليكم فلا يدل على حل ذبيحة غيرهم وما ذكره الشارح لا يخلو عن البعد اذ يكتفى الظن في أمثاله مع أنه مشترك لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه من ذبايحهم من الآية الثانية أيضا فتأمل (قوله فلا يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله تعالى الخ) أقول والحق أنه لا حاجة الى بيان العذر فان اثبات المطلوب بدلائل من الكتاب العزيز غير عزيز (قوله والذبيحة يعنى بقدر على الذبح) أقول فيكون الكلام من باب علفتها تناسوا ما باردا

شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي والذي والحربي والعربي والتغلي لان الشرط قيام الملة على ما مر

شرط بالنص وهي بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا يعني قوله اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبطه والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا قبل اراد به الايتين المذكورتين وفيه نظر لان عادته في مثله لما تناولوا قبل اراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة وهذا ليس بعد كور في الكتاب والاولى ان يجعل اشارة الى الآية والى قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثله ذلك قبل انما ذكر الاقلف احترازاً عن قول ابن عباس رضي الله عنهما فانه يقول شهادة الاقلف وذبيحته لا تجوز وقوله واطلاق الكتابي ينتظم كذا ظاهر وقوله (لان الشرط قيام الملة) فيه نظر لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط ويمكن ان يحجب عنه بأنه شرط في معنى العلة

(قوله ويمكن ان يحجب عنه شرط في معنى العلة) أقول ويجوز ان يحجب أيضاً بأنه لا مانع بتصور منه حل ذبيحته اذا أتى سائر الشرائط غير قضية الملة فاذا لم يكن مانعاً أيضاً

الاماذ كيتم ولما استشعر ان يقال الاماذ كيتم عام مخصوص لخروج الوثني والمرد والمجوسي فلا يكون قاطعاً في الافادة ضم اليه قوله عز من قائل وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم الى هنا كلامه أقول فيه بحث أما ولا فلاننا لنسلم ان الخطاب في قوله تعالى الاماذ كيتم عام للكفار بل الظاهر انه مخصوص بالمؤمنين كما يدل عليه السياق والسباق في النظم الشريف ألا يرى أن ما قبله أول سورة المائدة وهو قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهجة الانعام الاماذ كيتم على غير محلي الصيد وأنتم حرم ولأنك أن الخطابات الواقعة هنا للمؤمنين خاصة ثم قال عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمتخففة والموقوفة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع الاماذ كيتم وقال الفاضل البضاوي وغيره من المفسرين ان قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الخ بيان لما يتلى عليكم فلا جرم يكون الخطاب في حرمت عليكم والاماذ كيتم للمؤمنين خاصة أيضاً فلا يكون مما يعبر الوثني ونحوه ولئن سلم عموم الوثني ونحوه أيضاً فلا نسلم أنه من قبيل العام الذي خص منه البعض بل هو من قبيل العام الذي نسخ بعضه باخراج الوثني والمجوسي والمرد من حكمه اذ قد تقرر في علم الاصول أن التخصيص عندنا انما يطلق على قصر العام على بعض ما يتناوله بما هو مستقل موصول بالعام وأن قصره على بعض ما يتناوله بما هو مستقل غير موصول به هو النسخ لا التخصيص وأن الذي لا يكون قطعياً انما هو العام الذي خص منه بعض ما يتناوله دون العام الذي نسخ بعض ما يتناوله فانه يكون قطعياً في الباقي بل اريب ولا شك أن مانحن فيه من قبيل الثاني دون الاول لان الذي يخرج الوثني ونحوه غير موصول بقوله تعالى الاماذ كيتم فكان قطعياً في الافادة وان سلم كونه ظناً غير قاطع في الافادة فهو كاف في افادة المطلوب هنا بلا حاجة الى ضم شيء آخر اذ قد تقرر في علم الاصول أيضاً أن الدليل الظني يفيد وجوب العمل وان لم يفد وجوب الاعتقاد وما نحن فيه من العمليات وأما ثانياً فلان مثل ما ذكره صاحب العناية في قوله تعالى الاماذ كيتم بنجته على الاستدلال بقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم بان يقال أيضاً انه عام مخصوص لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه فية فتضي أن يضم اليه أيضاً دليل آخر وأما ثالثاً فلان الضم المذكور انما يفيد في حق ذبيحة الكتابي دون ذبيحة المسلم لا اختصاص الدليل المضموم بالكتابي فيلزم أن يبقى الدليل قاصراً عن افادة حل ذبيحة المسلم على مبنى زعم الشارح المزبور اللهم الا أن يدعى أن الدليل الثاني اذا أفاد حل ذبيحة الكتابي أفاد حل ذبيحة المسلم أيضاً دلالة ثم ان المراد بالعام في قوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب ذبايحهم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس طعامهم ذبايحهم واستدل صاحب الكافي وكثير من الشراح على ذلك بأنه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر فائدة اذ يستوي الكتابي وغيره فيما سوى الذبايح من الاطعمة فان المجوسي اذا اصطاد سمكة حل أكلها ورد عليهم صاحب العناية حيث قال بعد نقل استدلالهم المذكور وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على النقي عما سواه اه أقول ليس ذلك بشيء اذ لا يخفى على الفطن أنه ليس مدار استدلالهم المذكور على أن التخصيص باسم العلم يدل على النقي عما سواه بل مرادهم كما بناه على كلامهم أنه لو لم يحمل على ذلك لخلل اختصاص أهل الكتاب بالذكر في كلام رب العزة عن الفائدة تعالى عنه علواً كبيراً ولا يذهب عليك أن الاستدلال بهذا الوجه متمسك على أصل من لا يقول بمفهوم المخالفة أيضاً اذ لا يرضى أحد بخلو كلام الله تعالى عن الفائدة (قوله والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا) اختلف الشراح في تعيين مراد المصنف بقوله لما ذكرنا فقال صاحب النهاية وغاية البيان اراد به الايتين المذكورتين وهما قوله تعالى الاماذ كيتم وقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم لان الخطاب

قال (ولا تؤكل ذبيحة الجحوش) لقوله عليه السلام سنوهم سنة أهل الكتاب غيرنا حتى نسائهم ولا آكل ذبائحهم ولأنه لا يدعى التوحيد فأنعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال (والمرتد) لأنه لا ملة فأنه لا يقر على ما انتقل إليه بخلاف الكتابي إذا تحول إلى غير دينه لأنه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال (والوثني) لأنه لا يعتد بالملة قال (والمحرم) يعني من الصيد (وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحرم من الصيد) والاطلاق في المحرم ينظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لأن الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة بخلاف ما إذا ذبح المحرم غير الصيد أو ذبح في الحرم غير الصيد صح لأنه فعل مشروع إذا الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم قال (وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل) وقال الشافعي أكل في الوجهين وقال مالك لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي مخالف للإجماع فإنه لا خلاف فمن كان قبله في حرمة متروكة التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروكة التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما أنه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهما أنه يحل بخلاف متروكة التسمية عامدا ولهذا قال أبو يوسف والمشافع رحمهم الله إن متروكة التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للإجماع

عام ورده صاحب العناية حيث قال بعد نقله وفيه نظر لأن عادته في مثله لما تلونا وقال تاج الشريعة أراد به قوله لأن حل الذبيحة يعتمد الملة ورده أيضا صاحب العناية حيث قال بعد نقله أيضا وهذا ليس بمذكور في الكتاب أقول يمكن أن يقال من جانب تاج الشريعة أن ذلك وإن لم يكن مذكورا في الكتاب صراحة إلا أنه مذكور فيه ضمنيا حيث قال فيما مر ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد ثم قال صاحب العناية والاولى أن يجعل إشارة إلى الآية وإلى قوله ولأنه يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثله ذلك انتهى أقول فيه نظر لأن قوله ولأنه يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر انما يدل على كون الذكاة شرط حل الذبيحة ولا يدل على أن أهل الذبح من هو كيف يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر يحصل بذبح الوثني والجحوش والمرئذ أيضا مع أن أحدا منهم ليس بأهل للذبح قطعا وقول المصنف لما ذكرنا تعليل لاستواء الألقاف والمختون في الأهلية للذبح فكيف يصلح أن يجعل إشارة إلى ما لا دلالة فيه على ذلك أصلا وهو قوله ولأنه يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر ثم أقول هنا احتمال آخر أقرب مما ذكرناه وهو أن يكون قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله ويجعل إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وإن كان صبيا أو مجنونا أو امرأة فإنه قد علم من ذلك أن مدار حل الذبيحة أن يكون الذابح ممن يعقل التسمية والذبيحة ويضبط ولا يخفى أن الألقاف والمختون لا يتفاوتان في ذلك فكانا سواء في حكم حل ذبيحتهما تدبر تفهم (قوله وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل) وان تركها ناسيا أكل وقال الشافعي تؤكل في الوجهين وقال مالك لا تؤكل في الوجهين قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان أو اضطرارا يا عامدا أو ناسيا قال الشافعي بشمول الجواز ومالك بشمول العدم وعلماؤنا فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل انتهى أقول كانه حسب أنه أفى في شرح هذا المحل بكلام مجمل جامع لأقسام المسئلة كاه الكنه أخيل بحق المقام في تحريره هذا أما أولا فلأن قوله عند الذبح ينافي تعميم الذبح للاختباري والاضطراري كما يقتضيه قوله اختياريا كان أو اضطرارا بالانهم صرحوا بأن كون التسمية عند الذبح انما تشترط في الذكاة الاختيارية وأما في الاضطرارية فيشترط كون التسمية عند الإرسال والرمي لا غير وسيجي ذلك في الكتاب أيضا وأما ثانيا فلأن قول المصنف والشارح المزبور أيضا فيما بعد وعلى هذا الخلاف إذا

وقوله (ولا تؤكل ذبيحة الجحوش) واضح قوله (بخلاف الكتابي إذا تحول إلى غير دينه) يريد به من أديان أهل الكتاب أما إذا تمس فلا تؤكل ذبيحته قال (وان ترك الذابح التسمية الخ) ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان أو اضطرارا عامدا كان أو ناسيا قال الشافعي رحمه الله بشمول الجواز ومالك بشمول العدم وعلماؤنا رحمه الله فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل استدلال الشافعي

بقوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أولم يسم سوى بين التسمية وعدمها والشرط لا يكون كذلك وإن التسمية لو كانت شرطاً للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلاة فأنما كانت شرطاً لم يجز صلاة من نسي الطهارة لكنها سقطت بعذر النسيان سلمنا أنها شرط لكن الملة أقيمت مقامها كما في الناسي والجواب عن الحديث ما ذكره في الكتاب أنه محمول على حالة النسيان دفعاً للتعارض بينه وبين حديث عدي بن حاتم على ما ذكره وعن الاستدلال بأننا لنسلم الملازمة فأنما تنفذي إلى التسوية بين العمد والنسيان والتسوية بين العمد والنسيان معهودة فيما إذا كان على الناسي هيئة مذكرة كالأكل في الصلاة والجماع في الإحرام وههنا إن لم تكن هيئة توجب النسيان وهي ما يحصل للذابح عند زهوق روح حيوان من تغير الحال فليس هيئة مذكرة بموجودة ولما منع أن يمنع بطلان التالى أيضاً على مذهب مالك رحمه الله وعن التزل بما ذكره في الكتاب يعني أن إقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي وهو معذور لا يدل في حق العامد ولا عذر له وأما ما شنع به المصنف رحمه الله بكون ما ذهب إليه الشافعي رحمه الله مخالفاً لاجماع فواضح واستدل مالك رحمه الله بظاهر قوله تعالى ولاتأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهي ببلوغ وجهه وهو تأكيده عن الاستغراقية عن كل متروك التسمية وهو باطلاً فيقتضي الحرمة من غير فصل وهو أقرب إلى محالة من مذهب الشافعي رحمه الله لأنه مذهب ابن عمر رضي الله عنهما والجواب أنه غير مجرى على ظاهره إذ لو أريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد (٥٥) وارتفع الخلاف في الصدر الأول

لان ظاهر ما يدل عليه اللفظ لا يخفى على أهل اللسان وفي ذلك أيضاً من الحرج ما لا يخفى إذا الإنسان كثير النسيان والحرج مدفوع بقوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج فيحمل على حالة العمد دفعاً للتعارض ولنا قوله تعالى ولاتأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ووجه الاستدلال أن السلف أجمعوا أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصلة على تدل على أن المراد به الذكر باللسان يقال ذكر عليه إذا ذكر باللسان وذكره إذا ذكر بالقلب وذكره إذا

له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أولم يسم ولان التسمية لو كانت شرطاً للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلاة ولو كانت شرطاً فالملة أقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولاتأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الآية نهى وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه فانه عليه السلام قال في آخره فأنك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية

ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي يناق في تعميم الذبح في مسئلتنا هذه للاختياري والاضطراري إذا الظاهر أن القياس المستفاد من قوله وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند ارسال البازي إلى آخره يقتضي عدم دخول المقيس في جانب المقيس عليه (قوله له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أولم يسم) أقول فيه أنه دليله هذا قاصر عن افادة تمام مدعاه لان المسلم والكافي في ترك التسمية سواء كما مر آنفاً وهذا الحديث انما يثبت حجة في حق المسلم وحده (قوله ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولاتأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه نهى وهو للتحريم) قال في العناية ووجه الاستدلال أن السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصلة على تدل على أن المراد به الذكر باللسان يقال ذكر عليه إذا ذكر باللسان وذكره إذا ذكر بالقلب وقوله ولاتأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه مؤكد عن الاستغراقية التي تفيد التأكيدها كيدوناً كيد العام يتي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامداً كان أو ناسياً إلا أن الشرع جعل الناسي ذاكراً العذر كان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع بإقامة الملة مقام الذبح كرد فعل الحرج كما أقام الا كل ناسياً

ذكر بالقلب وقوله (ولاتأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) ونأ كيد العام يتي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامداً كان أو ناسياً إلا أن الشرع جعل الناسي ذاكراً العذر كان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع بإقامة الملة مقام الذبح كرد فعل الحرج كما أقام الا كل ناسياً مقام الامساك في الصوم لذلك ومجال الكلام في الآية واسع وقد قررناه في الانوار والتقرير (والاجماع وهو ما بينا) يريد به ما ذكره في التشريع بقوله فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامداً وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسياً الخ (والسنة) وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فانه صلى الله عليه وسلم حين سأله عدي عما إذا وجد مع كلبه كلباً آخر قال لاتأكل فأنك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية

(قوله المسلم يذبح على اسم الله سمي أولم يسم) أقول ظاهره إقامة الاسلام مقام التسمية (قوله دفعاً للتعارض بينه وبين حديث الخ) أقول ولنا يلزم تخصيص الكتاب بالخبر الواحد (قوله واستدل مالك بظاهر قوله تعالى ولاتأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) أقول ظاهر كلامه يدل على أن المراد بقول المصنف ومالك أن ناسياً ما ذكرناه من الكربة فيخالف ما أسلفه في الدرس السابق أن عادته في مثله لما تلونا (قوله ووجه الاستدلال أن السلف) أقول يعني القرن الثالث والا فذهب عطاء أنه لا يجوز أن كل شيء ما يدون ذكر اسم الله عليه أو المراد أن السلف وفيه ما فيه (قوله وهو النسيان فانه من الشرع) أقول الضمير في قوله فانه راجع إلى النسيان

والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء على هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي لكتفي ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي (٥٦) على المذبح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الاكلة لان

الطاعة بحسب الطاقة والمقدوره في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال وقد فرع على ذلك في الكتاب تفريعات وهي واضحة قال (وبكره أن يذ كرمع اسم الله تعالى شيئا غيره الخ) المسائل المذكورة ظاهرة وقوله (ومحمد رسول الله بكسر الدال) يشير الى أنه لو قال غير مكسور لا يحرم قبل هذا اذا كان يعرف النحو وقال التمر تاشي ان خفضه لا يحل لانه يصير ذابحاً ما وان رفعه حل لانه كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه فقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد رحمه الله أنه لا يرى الخطأ في النحوم معتبراً في باب الصلاة ونحوها لا يحرم وقوله (حتى لو قال عند الذبح) إشارة الى أنه لو قدمه أو أخره لا بأس به (ولو قال سبحان الله والحمد لله بريد التسمية حل بلا خلاف) والفرق لا يوجب رجوع الله بين هذا وبين التكبير أن المأمور به ههنا الذكرك قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف أي قائمات صففن أي دين وأرجلهن وهناك التكبير وهذه اللفاظ لا يكون مكبراً

ومالك يحتاج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكننا نقول في اعتبار ذلك من المخرج ما لا يخفى في لان الانسان كثير التسيان والمخرج مدفوع والسمع غيبي مجري على ظاهره اذ لو أريد به جرت الحاجة وظهر الانتقاد وارتفع الخلاف في المصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة التسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان المقدوره في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فتشترط عند فعل بقدر عليه حتى اذا أجمع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمي الى صيد وسمى وأصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو أجمع شاة وسمى ثم رمي بالشفرة وذبح بالآخرى كل ولو سمي على سهم ثم رمي بغيره صيد لا يؤكل قال (وبكره أن يذ كرمع اسم الله تعالى شيئا غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان) وهذه ثلاث مسائل احدها أن يذ كرمع اسم الله موصولاً لا معطوفاً فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال وتطهيره أن يقول باسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعه الا أنه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية أن يذ كرمع موصولاً على وجه العطف والشركة بأن يقول باسم الله واسم فلان أو يقول باسم الله وفلان أو باسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه أهل به لغير الله والثالثة أن يقول مفصلاً عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يذبح الذبيحة أو بعده وهذا لا بأس به لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن أمة محمد عن شهدائك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكرك الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حل

مقام الامسالك في الصوم لذلك انتهى أقول فيه كلام أما أولاً فلان مقتضى قوله ان السلف أجمعوا على أن المراد به الذكرك حال الذبح لا غير أن يكون قوله تعالى ولاناً كلوا مما لم يذ كرمع اسم الله عليه دالا على ان لا يؤكل المذبح بالذبح الا اضطراري أصلاً لان ذكرك اسم الله عليه انما يكون حال الارسال والرمي لا حال الذبح كما نصوا عليه فكان مما لم يذ كرمع اسم الله عليه حال الذبح فليزم أن يدخل تحت النهي عن الاكل في الآية المذكورة مع أن حل كل المذبح بالذبح الا اضطراري اذا ذكرك اسم الله عليه حال الارسال والرمي يجمع عليه بلاريب وأما ثانياً فلان قوله الا أن الشرع جعل الناسي ذا كرا عذر كان من جهته وهو التسيان ينافي قوله فيما قبل فهو غير محتمل للتخصيص فيم كل ما لم يذ كرمع اسم الله عليه حال الذبح عامداً كان أو ناسياً لان جعل الشرع الناسي ذا كرا لا يتصور بدون تخصيص الناسي من عموم قوله تعالى مما لم يذ كرمع اسم الله عليه لما كان عامداً وناسياً وتخصيص الشيء مما هو غير محتمل للتخصيص غير متصور أيضاً فتحقق التنافي بين الكلامين تأمل توقف (قوله وما لك يحتاج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه) قال في غاية البيان أي لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الآية لان قوله مما لم يذ كرمع اسم الله عليه يشمل العمد والتسيان جميعاً لعدم القيد بأحدهما انتهى وقال في العناية استدل مالك بظاهر قوله تعالى ولاناً كلوا مما لم يذ كرمع اسم الله عليه فان فيه النهي بأبلغ وجه وهو تأكيد عن الاستغراقية عن كل من ترك التسمية وهو باطلا لانه يقتضي الحرمة من غير فصل انتهى أقول الظاهر مما ذكر في هذين الشرحين أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرنا في قوله وما لك يحتاج بظاهر ما ذكرنا هو قوله تعالى ولاناً كلوا مما لم يذ كرمع اسم الله عليه فيرد عليه ان يقال ان عادته في مثله أن يقول ما تلونا فافا معنى المخالفة لها هنا وقد مر تطهيره هذا من صاحب العناية في الصفحة الاولى فالظاهر عندي أن يكون

(قوله فقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد أنه لا يرى الخطأ في النحوم معتبراً في باب الصلاة ونحوها لا يحرم) أقول اذ يجوز ولو أن يكون قصده افادة معنى المرفوع على ما هو المناسب لتحسين الظن بالمسلمين وحل أمرهم على الصلاح لا المجرور والحرمة لا تثبت بالشك

(ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحمل في أصح الروايتين) والفرق لابي حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الخطيب اذا عطس يوم الجمعة على المنبر فقال الحمد لله انه يجوز ان يصلي الجمعة بذلك القدر في احدي الروايتين عنه بان المأمور به هناك ذكر الله مطلقا قال الله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وههنا الذي ذكر على الذبح (والذبح بين الخلق واللبة وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الخلق كله وسقطه وأعله وأسفله) وأنى بلفظ الجامع الصغير لان فيه بيان ليس في رواية القدوري وذلك لان في رواية القدوري الذبح بين الخلق واللبة وليس بينهما مذهب غيرهما فيحمل على ما يدل عليه لفظ الجامع الصغير والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم ان الذكاة ما بين اللبة واللحيتين وهو يقتضي جواز الذبح فوق الخلق قبل العقدة لانه وان كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللحيتين وهو دليل ظاهر للامام الرستغني رحمه الله في حل ما بقي عقدة الخلق مما يلي الصدر ورواية المبسوط ايضا تاعده ولكن صرح في ذبائح الذخيرة ان الذبح اذا وقع أعلى من الخلق لا يحمل وكذلك في فتاوى أهـ لى سمرقند لانه ذبح في غير المذبح وهو مخالف (٥٧) لظاهر الحديث كما ترى ولان ما بين اللبة

واللحيتين مجمع العروق والمجرى فيحصل بالفعل فيه انه اراد الدم على أبلغ الوجوه وكان حكم الكل سواء ولا يعتبر بالعقدة قال (والعروق التي تقطع في الذكاة الخ) العروق التي تقطع في الذكاة أربعة الخلقوم والمرى والودجان واختلف العلماء رحمه الله في اشتراط ما يقطع منها للحل فذهب الشافعي رحمه الله الى الاكتفاء بالخلقوم والمرى وذهب مالك رحمه الله الى اشتراط قطع جميعها وذهب أبو يوسف رحمه الله الى اشتراط قطع الخلقوم والمرى وأحد الودجين رجوع اليه بعدما كان قوله كقول أبي حنيفة رحمه الله كما ذكره وذكر القدوري انه قول محمد أيضا وقال المصنف

ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحمل في أصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله باسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذا كروا اسم الله عليها صواف قال (والذبح بين الخلق واللبة) وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الخلق كله وسقطه وأعله وأسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحيتين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انه اراد الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال (والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة الخلقوم والمرى والودجان) لقوله عليه السلام أفر الاوداج بما شئت

مراده بقوله ما ذكرنا في قوله وما لك يحجج بظاهر ما ذكرنا مجموع ما ذكره من الكتاب والسنة لا الكتاب وحده فلا يلزمه ترك عاداته لان عاداته أن يقول لما تلونا فيما اذا اراد الكتاب وحده وأن يقول لما روينا فيما اذا اراد السنة وحدها فلما اراد مجموعهما ههنا أتى بكلمة جامعة فقال وما لك يحجج بظاهر ما ذكرنا يعني قوله تعالى ولانا كلوا مما لم يذ كرام الله عليه فحدث عدي بن حاتم الطائي اذا فصل في ظاهر كل منهما كما ترى (قوله لقوله عليه السلام أفر الاوداج بما شئت) قال تاج السريعة الفري القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون كسر الهمزة ههنا أليق انتهى واقننى أنزه صاحب الكفاية والعناية غير أن صاحب الكفاية أتى بعين لفظه وأما صاحب العناية فذكر انفسا أنسب بدل لفظ أليق وقال ولهذا قال المصنف بعده هذا لورود الامر بقرينه أقول فيما ذكره هؤلاء الشراح نظر لان صاحب القاموس عم الفري والافراء للاصلاح والافساد بلفرق بينهما حيث قال فراء بقرينه شقه فاسدا أو صالحا كفراء وأفراء انتهى فعلى هذا لا يتم ما ذكره أصلا وأما صاحب المغرب فقد ذكر الفرق بينهما الا أنه جعل الذبح من قبيل الافراء دون الفري حيث قال عن أبي عبيد والفرق بين الافراء والفري أنه قطع للافساد وشق كما يفري الذابح والسبع والفري قطع للاصلاح كما يفري الخراز الا ان انتهى فعلى هذا لا يتم قوله هم فيكون كسر الهمزة ههنا أليق اذ لا شك أن الذبح اذا كان من قبيل الافراء دون الفري كان فتح الهمزة ههنا هو الأليق والأنسب ثم ان صاحب المغرب قال وقد جاء فري بمعنى أفرى أيضا الا أنه لم يسمع به في الحديث انتهى فعلى هذا لا مجال لكسر الهمزة في الحديث لانه غير مسموع فيه فضلا عن أن يكون أليق وأنسب وأما قول المصنف فيما بعده في أثناء تعليل قول محمد ولورود الامر بقرينه فلعله جرى منه

(٨ - تكمله فامن) المشهور في كتب مشايخنا رحمه الله ان هذا قول أبي يوسف وحده وذكر عن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد منها وهو رواية عن أبي حنيفة وأما أبو حنيفة فقد أكتفى بقطع الثلاث أيها كانت وهي ثلاثة أوجه وان قطع الجميع فهو أولى وهو وجه رابع والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أفر الاوداج بما شئت والفري القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون كسر الهمزة أنسب ولهذا قال بعده هذا لورود الامر بقرينه احتج الشافعي رحمه الله بأنه جمع الاوداج ومائة الاوداج فدل على أن المقصود به ما يحصل به زهوق الروح وهو يقطع الخلقوم والمرى لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما وهو ضعيف لفظا ومعنى أما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الخلقوم والمرى أصلا وأما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه واحتج مالك رحمه الله بظاهر دلالة اللفظ وبما يقتضيه

(قوله لان في رواية القدوري الذبح بين الخلق الخ) أقول فيكون المراد بالخلق في كلام القدوري مبداء

فان الاوداج جمع وأقله ثلاثة فيتناول المريء والودجين وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الحلقوم منعذرت بفت قطع الحلقوم بالاقتضاه
وجوابه سيجي واحتج أبو يوسف رحمه الله (٥٨) بان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينبوب أحدهما من باب الآخر

وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المريء والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمريء
الا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه ونظائر ما ذكرنا يحتج
مالك ولا يجوز الا أكثر منها بل يشترط قطع جميعها (وعندنا ان قطعها حل الا كل وان قطع أكثرها فكذلك
عند أبي حنيفة) وقال لا بد من قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر
القدوري الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا رحمه الله أن هذا قول أبي يوسف وحده
وقال في الجامع الصغير ان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع أكثر الاوداج والحلقوم
قبل أن يموت أكل ولم يحك خلافا فاختلقت الرواية فيه والحاصل أن عند أبي حنيفة اذا قطع الثلاث أي
ثلاث كان يحل وبه كان يقول أبو يوسف أولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد
وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأن كل فرد منها أصل بنفسه لا انفصاله عن غيره ولورود الامر بغيره
فيعتبر أكثر كل فرد منها ولا ييوسف أن المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينبوب أحدهما عن
الآخر إذ كل واحد منهما ما يجري الدم أما الحلقوم فيخالف المريء فإنه يجري العلف والماء والمريء يجري
النفس فلا بد من قطعهما ولا يي حنيفة أن الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام وأي ثلاث
قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوجيه في اخراج
الروح لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام

على استعمال فري بمعنى أفرى أيضا كما ذكر في المغرب ولا يتنافيه عدم السماع به في الحديث لأن ما ذكره
فما بعد لفظ نفسه لا لفظ الحديث أو اختيار منه لعدم الفرق بين الفري والافراء مطلقا كما ذكره في
القاموس هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المريء والودجين
وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمريء) قال في العناية احتج الشافعي بأنه جمع الاوداج
ومائة الا الودجان فدل على أن المقصود بهما ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمريء لأن
الحيوان لا يعيش بعد قطعهما أقول يرد على هذا الاحتجاج أنه لو كان المقصود به مجرد ما يحصل به زهوق
الروح لكفى قطع واحد من الحلقوم والمريء اذا الحيوان لا يعيش بعد قطع أحدهما أيضا كما لا يخفى
وقد أفصح عنه المصنف في تقرير دليل أبي حنيفة فيما بعد حيث قال لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس
أو الطعام مع أن الشافعي لم يقل بكفاية قطع أحدهما بل شرط قطعهما معا وقال في العناية بعد ذكر
الاحتجاج المسفور وهو ضعيف لفظا ومعنى أما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمريء أصلا
وأما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه انتهى أقول ما ذكره في وجه
ضعفه لفظ ليس بسديد اذ قد ذكر في الاحتجاج المزبور وجه دلالة الاوداج على الحلقوم والمريء بأنه
جمع الاوداج ومائة الا الودجان فدل على أن المقصود بهما ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم
والمريء فلا معنى بعد ذلك لجردني دلالة ما عليهم ما بل لا بد من بيان محذور كما لا يخفى (قوله الا أنه لا يمكن
قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه) قال بعض الفضلاء فيه بحث لأن
المفهوم من كلام المصنف الذي سيذكره في تعليل أبي حنيفة حمل الاوداج على الاستغراق حيث
بنى تعليله على قيام الاكثر مقام الكل فثبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لا باقتضائه انتهى أقول
ليس هذا بشيء لأن ما سيجي من كلام المصنف في تعليل قول أبي حنيفة وان اقتضى حمل الاوداج
على الاستغراق الا أنه لا يقتضي أن يكون الاستغراق من جهة واحدة كدلالة اللفظ عليه عبارة بل

اذ كل منهما مجرى الدم
أما الحلقوم فيخالف المريء
فان المريء يجري العلف
والماء والحلقوم يجري
النفس ووقع في بعض
النسخ بالعكس وليس بجيد
فلا بد من قطعهما وهو
قريب وجوابه سيجي
واحتج محمد رحمه الله بأن
كل فرد منها أصل بنفسه
لا انفصاله عن غيره ولورود
الامر بغيره والاكثر يقوم
مقام الكل فيعتبر أكثر كل
من الامور الاربعة وهو
أقرب كما ترى واحتج أبو
حنيفة رحمه الله بأن الاكثر
يقوم مقام الكل في كثير
من الاحكام وأي ثلاث
قطعها فقد قطع الاكثر
منها وما هو المقصود يحصل
بها وهو انهار الدم المسفوح
والتوجيه أي التعجيل في
اخراج الروح لانه لا يحيا
بعد قطع مجرى النفس
أو الطعام وبهذا يحصل
جواب أبي يوسف

(قال المصنف فيثبت قطع
الحلقوم باقتضائه) أقول
فيه بحث لأن المفهوم من
كلام المصنف الذي سيذكره
في تعليل أبي حنيفة حمل
الاوداج على الاستغراق
حيث بنى تعليله على قيام
الاكثر مقام الكل فثبت

ثبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لا بالاقتضاء (قال المصنف وما هو المقصود يحصل بها) أقول أي بقطعها على
حذف مضاف (قال المصنف والتوجيه) أقول أي التعجيل بالخاء المهملة (قال المصنف لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس والطعام)
أقول لعل الواو بمعنى أو (قوله وحصل بهذا جواب أبي يوسف) أقول انما يحصل جوابه اذا كان الواو في قوله والطعام بمعنى أو

وبقوله (ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحريزا عن زيادة التعذيب) جواب مالك رحمه الله لا يقال الاوداج جمع دخل عليه
الالف واللام وليس ثمة معهود فيصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء لان ما تحتها ليس أفراد حقيقة والانصراف الى
الجنس فيما يكون كذلك وقوله (بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق) قيل يعني أكثر المرخص فيه وهو الثلاثة فان
الاثنين لما كانا باقين كان أكثر المرخص باقيا فلا يحل وقيل لما كان جانب (٥٩) الحرمة مرجحا كان للنصف الباقي حكم

الاكثر فكانه لم يقطع شيئا
وربما لوح الى هذا بقوله
احتياطاً بجانب الحرمة
قال (ويجوز الذبح بالظفر
والقرن والسن الخ) الذبح
بالظفر والقرن والسن
المنزوعة جائز مكره وأكل
الذبح بها لا بأس به وقال
الشافعي رحمه الله هو ميتة
لقوله صلى الله عليه وسلم
كل ما أنهر الدم وأفرى
الاوداج ما خلا الظفر
والسن فانهم ممدى الحبشة
استثناهما بالاطلاق عما
يجوز أكله فيتناول الحرمة
بالمزوع والقائم ولان الذكاة
فعل مشروع وانها ردم
بها مطلقا غير مشروع فلا
يكون ذكاة كغير المزوع
ولنا قوله عليه الصلاة
والسلام أنهر الدم عاشت
ويروى أفرى الاوداج بما
شئت وهو باطلا فبقتضى
الجواز بالمزوع وغيره
الأناتر كغير المزوع بما
رواه الشافعي فان فيه دلالة
على ذلك وهو قوله عليه
السلام فانهم ممدى الحبشة
فانهم لا يقلون الاظفار
ويحدون الاسنان
ويقاتلون بالحدش والعض
وهذا معنى قوله وما رواه محمول على غير المزوع

ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحريزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان
الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطاً بجانب الحرمة قال (ويجوز الذبح بالظفر والسن
والقرن اذا كان منزوعا حتى لا يكون بأكله بأس الا أنه يكره هذا الذبح) وقال الشافعي المذبح ميتة
لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهم ممدى الحبشة ولانه فعل
غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المزوع ولنا قوله عليه السلام أنهر الدم عاشت ويروى أفرى
الاوداج عاشت وما رواه محمول على غير المزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك
يجوز أن يتحقق الاستغراق بدلالة اللفظ على قطع الثلاثة عبارة وعلى قطع الرابع أيضا اقتضاء كما ذكره
هنا اذ لا شك أنه يحصل من المجموع استغراق العروق الاربعة كلها وان كان من جهتي الدلالة أغنى
العبارة والاقتضاء فلا تدافع بين كلامي المصنف كما توههم (قوله ويخرج الدم بقطع أحد الودجين
فيكتفى به تحريزا عن زيادة التعذيب) أقول لقائل أن يقول لو كان في قطع الودجين معاز زيادة التعذيب
وكان في الاكتفاء بقطع أحدهما تحريز عنها لما كان قطع العروق الاربعة جميعا في الذكاة أولى عند
أبي حنيفة أيضا بل ينبغي أن يكون الاكتفاء بقطع أحد الودجين أولى فان تعذيب الحيوان بلا فائدة
فما يجب الاحتراز عنه على ما تقر في كثير من قواعد الفقه مع أنه صرح في الشروح وغيرها بأن قطع
الجميع أولى عند أبي حنيفة أيضا فتأمل قال في العناية لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الف واللام
وليس ثمة معهود فيصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد لان ما تحتها ليس
أفردة حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك انتهى وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال
فيه بحث فانه انما يحتمل على الجنس اذا تعذر حمله على الاستغراق وهما ليس كذلك انتهى أقول
ليس لهذا الايراد مساس بالكلام المذكور في العناية اذ لم يقل فيها ان الجمع حمل ههنا على الجنس حتى
يمكن أن يورد عليه أن المعرف بالالف واللام انما يحتمل على الجنس عند أرباب علم الاصول اذا تعذر
حمله على الاستغراق وهما ليس كذلك بل قال فيها ان ما نحن فيه ليس أفراد حقيقة لان اطلاقه
على غير الودجين بطريق التغليب والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك أي فيما يكون ما تحتها
من أفراد حقيقة فصار حاصله نفي جواز الحمل على الجنس ههنا فلا يتجه عليه الايراد المذكور أصلا (قوله
وقال الشافعي المذبح ميتة لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ما خلا الظفر والسن
فانهم ممدى الحبشة) أقول هذا الحديث لا يدل على تمام مدعى الشافعي بل يدل على خلاف مدعاه
في البعض فان القرن أيضا داخل في المدعى مع أن الحديث المذكور لا يدل على عدم جواز كل
المذبح بذلك بل يدل على جوازه حيث استثنى الظفر والسن فبقى ما عداهما في حكم المستثنى منه
(قوله ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة) أقول فيه بحث لانه ان أراد بقوله أنه فعل غير مشروع أنه
محرم فهو ممنوع عندنا بل هو أول المسئلة وان أراد بذلك أنه مكره فهو مسلم ولكن لا نسلم أنه لا يكون ذكاة
حينئذ بل هو أيضا أول المسئلة فانه مكره عندنا ولو لم يكن ذكاة يجوز كل المذبح به كما أفصح عنه
المصنف بقوله حتى لا يكون بأكله بأس الا أنه يكره هذا الذبح فلم يحل هذا التعليل المذكور من قبل

(قوله وليس ثمة معهود) أقول قيل لا نسلم أنه ليس ثمة معهود فان العروق التي تقطع بالذبح معلوم معهود (قوله لان ما تحتها ليس أفراد
حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك) أقول فيه بحث فانه انما يحتمل على الجنس اذا تعذر حمله على الاستغراق وهما ليس
كذلك كما لا يخفى ثم قوله ليس أفراد أي ليس من أفراد مفردة وقوله حقيقة أي ليس من أفراد حقيقة لان هذا الجمع من باب التغليب

وقوله (ولانه آله جارحة) جواب عن دليله المعقول وتقريره أنا لاناسلم أن انهار الدم بالظفر والسن المزوعين غير مشروغ فانه أى كل واحد منهما آله جارحة يحصل بها المقصود وهو اخراج الدم فصار كالليطة والجرح والحديد والسكين الكليل وباقي كلامه ظاهر سوى ألفاظ نفسيرها الليطة بكسر اللام قشر (٦٠) القصب والمرودة الجرح الحاد (وقوله لما بينا) اشارة الى قوله لانه يقتل

بالثقل فيكون في معنى المتخفة وقوله صلى الله عليه وسلم لقد أردت أن نعيمها موتات قيل انما يكون ذلك اذا علم المقصود بالذبح أن التحديد للذبح وليس كذلك لان المذبح لا عقل له وهو مع كونه سوء أدب ساقط لان الوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه والعقل يحتاج اليه لمعرفة الكلمات وما نحن فيه ليس منها والتخاع بالفتح والكسر والضم لغة فيه فسر المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هي شرايين وأوتار ومائة شئ يسمى بالخيوط أصلا ثم ذكر المصنف رحمه الله الأصل الجامع في افادة معنى الكراهة وهو كل ما فيه زيادة ألم لا يحتاج اليه في الذكاة قال (وما استأنس من الصيد) قدم أن الذبح الاضطراري بدل عن الاختباري فلا مضى الى الاول قبل العجز

ولانه آله جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالجرح والحديد بخلاف غير المزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المتخفة وانما يكره لان فيه استعمال جزاء الادنى ولان فيه اعسار على الحيوان وقد أمرنا فيه بالاحسان قال (ويجوز الذبح بالليطة والمرودة وكل شئ أنهر الدم الا السن القائم والظفر القائم) فان المذبح به مامنة لما ينوون من نحر في الجامع الصغير على أن مامنة لانه وجد فيه نسا ومام يجد فيه نسا يحتاج في ذلك فيقول في الحل لا بأس به وفي الحرمة يقول بكره أو لم يؤكل قال (ويستحب أن يحد الذابح شفرته) لقوله عليه السلام ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شئ فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره أن يضمها ثم يحد الشفرة لما روى عن النبي عليه السلام أنه رأى رجلاً أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد أردت أن نعيمها موتات هـ لاحدتها قبل أن تضجعها قال (ومن بلغ بالسكين التخاع أو قطع الرأس كره له ذلك وتوكل ذبيحته) وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والتخاع عرق أبيض في عظم الرقبة أما الكراهة فلما روى عن النبي عليه السلام أنه نهى أن تنزع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرناه وقيل معناه أن يحد رأسه حتى يظهر مذبحة وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل أن ما فيه زيادة ألام لا يحتاج اليه في الذكاة ويكره أن يجزأ ما يريد ذبحه برجله الى المذبح وأن تنزع الشاة قبل أن تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعد ذلك لا يكره التخاع والسخ إلا أن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة ألام قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال توكل ذبيحته قال (فان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل) لتحقيق الموت بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة ألام من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج (وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل) لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال (وما استأنس من الصيد فذكاة الذبح وما توحش من النعم فذكاة العروق والجرح) لان ذكاة الاضطراري انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول (وكذا ما تردى من النعم في بئر أو وقع العجز عن ذكاة الاختيار)

لشافعي عن المصادرة على المطلوب كما ترى (قوله والتخاع عرق أبيض في عظم الرقبة) قال في المغرب التخاع خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب والضم لغة في الكسر ومن قال هو عرق فقد سماها انما ذلك التخاع بالياء يكون في القفا ومنه يجمع الشاة اذا بلغ بالذبح ذلك الموضع فالتخاع أبلغ من التجمع انتهى وذكر صاحب النهاية ما في المغرب بعينه غير أنه لم ينسبه الى المغرب فصاحب العناية كانه حسب أن صاحب النهاية ذكر ما ذكره هنا من عند نفسه حيث قال فسر المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هي شرايين وأوتار ومائة شئ يسمى بالخيوط أصلا الى هنا لفظ العناية أقول الرد المذکور مردود لان ما ذكره من العظام والأعصاب والعروق انما هو أعضاء مفردة لبدن الحيوان وله أعضاء أخرى مفردة كالغضروف والرباط والغشام واللحم والشحم وغير ذلك ومركبة تركيباً أولياً كالعضل أو ثانياً كالعين أو ثالثاً كالوجه ثم الرأس متلا على

عن الثاني وهذا يخرج ما ذكر في الكتاب

(قوله ورد بأن بدن الحيوان مركب الى قوله وما من شئ يسمى بالخيوط أصلاً) أقول وفي القاموس التخاع مثلثة الخيط الأبيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب

لا يحل الاكل بذكاة

الاضطرار في الوجهين)

يعني ما توحش وما تردى لان

ذلك نادر والنادر لا حكم له

قلنا لان سلم الضرورة وان

كانت فالمعتبر حقيقة

العجز وقد تحقق (وقوله

وفي الكتاب) يريد به القدوري

وكلامه واضح والتحرر قطع

العروق عند الصدر والذبح

قطعها تحت اللجين

والمستحب في الابل الاول

وفي غيره الثاني والعكس

يجوز ويكره لما ذكر في

الكتاب (وقوله لمعنى في

غيره) أى في غير الذبح وهو

ترك السنة (وقوله أشعر)

معناه نبت شعره منسل

أعشب المكان وكلامه

واضح خلافاً لما يجب عن

الحديث الذي استدلاله

لأنه لا يصلح للاستدلال لأنه

روى ذكاة أمه بالرفع

والنصب فان كان منصوباً

فلا إشكال أنه تشبيه وان

كان مرفوعاً فكذلك لأنه

أقوى في التشبيه من الاول

عرف ذلك في علم البيان

قل ومما يدل على ذلك تقديم

ذكاة الجنين كما في قوله

وعينك عينها وجيدك

جيدها * سوى أن عظم

الساق منك دقيق

فصل فيما يؤكل

وما لا يؤكل

لما بينا وقال مالك لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لأن ذلك نادر ونحن نقول بالمعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار إلى البذل كيف وانا لان سلم الضرورة بل هو غالب وفي الكتاب أطلق فيما توحش من النعم وعن محمد أن الشاة اذا نذت في الصحراء فذكاتها العقر وان نذت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعية لانهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما وان نذت في المصر فيتحقق العجز والصيل كالنذ إذا كان لا يقدر على أخذها حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل أكله قال (والمستحب في الابل التحرفان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان فحرهما جاز ويكره) أما الاستحباب فلهو واقفة السنة المتوارثة ولا اجتماع العروق فيها في المصروف وفيها في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافاً لما يقوله مالك أنه لا يحل قال (ومن فحرناقة أو ذبح بقرة فوجد في بطنها جنيناً مبتلياً يؤكل أشعراً ولم يشعر) وهذا عند أبي حنيفة وهو قول زفر والحسن بن زياد رجهما الله وقال أبو يوسف ومحمد رجهما الله اذا تم خلقه أكل وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة أمه ولأنه جزء من الأم حقيقة لانه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذاها ويتنفس بتنفسها وكذا حكمها حتى يدخل في البيع الوارد على الأم ويعتق باعتاقها واذا كان جزءاً منها فالجرح في الأم ذكاة عند العجز عن ذكائه كما في الصيد وله أنه أصل في الحياة حتى تتصور حياته بعدموتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بإيجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف إليه ونصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكاة وهو الميز بين الدم والعم لا يتحصل بل يجرح الأم اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعاً في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصاً في مقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحرياً لجوازه كي لا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كي لا ينفصل من الحرمة ولدرقيق

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل قال (ولا يجوز أكل ذئب من السباع ولا ذئب من الطيور) لأن النبي عليه السلام نهى عن أكل كل ذئب من الطيور وكل ذئب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف إليهما ما يتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ماله مخلب أو ناب

ما بين كلف في كتب الطب فان أراد بقوله وماتمة شئ يسمى بالخطب أنه ما في الاعضاء المفردة المخصوصة التي ذكرها شئ يسمى بالخطب فهو مسلم لكن لا يجدي شيئاً اذ لم يقل أحد بأن الخنازير من تلك الاعضاء المخصوصة حتى يلزم من أن لا يسمى شئ من تلك الاعضاء بالخطب أن لا يكون الخنازير خطايا وان أراد به أنه ما في أعضاء بدن الحيوان وأجزائه مطلقاً شئ يسمى بالخطب فهو ممنوع جداً كيف ولا شك أن الخنازير من أجزائه وكتب اللغة مشكونة بتفسيره بالخطب منها المغرب كما ذكرناه في صدر الكلام ومنها صحاح الجوهري فانه قال فيه وهو الخطب الأبيض الذي في جوف الفقار ومنها القاموس فانه قال فيه والخنازير مثلثة الخطب الأبيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ وينشعب منه شعب في الخنثيم إلى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل لما ذكر أحكام الذبائح شرع في تفصيل المأكول منها وغير المأكول ذاك المقصود الأصلي من شرعية الذبح التوصل إلى الأكل وقدم الذبح لأن وسيلة الشئ تقدم عليه في الذبح (وقوله وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف إليهما ما يتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ماله مخلب أو ناب) قال صاحب غاية البيان وهكذا قرر شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح المبسوط

ذكر هذا الفصل عقيب الذبائح لانه المقصود من الذبائح والوسيلة إلى الشئ تقدم عليه في الذبح وكلامه واضح وانما ذكر أوصاف السبع ليعني على ذلك

قوله (كي لا بعدو شي من هذه الاوصاف الذميمة اليهم) والفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم قال في المبسوط فالمراد بذي الخطفة ما يختطف بمخلبه من الهواء كالباري والعقاب ومن ذى النبهة ما ينتهب بنبابه من الارض كالاسد والذئب (قوله ويدخل فيه الضبع والنعلب) لان لهما نابا يقاتلان به فلا يؤكل لهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتها فان قيل يعارضه حديث جابر رضي الله عنه أنه سئل عن الضبع أصيد هو فقال نعم فقيل أيؤكل لهما فقال نعم فقيل أنشئ سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم (٦٣) فقال نعم فلا يكون حجة أجيب بأن حديثنا مشهور لا يعارضه حديث جابر ان

صح وقد قيل انه كان في الابتداء ثم نسخ بقوله تعالى ويحترم عليهم الخبائث وابن عرس دويبة والرخم جمع رجة وهو طائر أبلق يشبه التسري في الخلقة والبغاث ما لا يصيد من صغار الطيور وضعافه وأما الغراب الأسود والابقع فهو أنواع ثلاثة نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وليس بمكروه ونوع منه لا يأكل الا الجيف وهو الذي سماه المصنف الابقع الذي يأكل الجيف وانه مكروه ونوع يخلط بأكل الحب مرة والجيف أخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه عند أبي حنيفة مكروه عند أبي يوسف (قوله وكذا الغداف) وهو غراب القيق لا يؤكل وأصل ذلك أن ما يأكل الجيف فلهمة نبت من الحرام فيكون خبيثا عادة وما يأكل الحب لم يوجد ذلك فيه وما خلط كالذجاج والعقعق فلا بأس بأكله عند أبي حنيفة وهو الأصح لان النبي صلى الله

والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاددة ومعنى التحريم والله أعلم كرامة بني آدم كي لا بعدو شي من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالا كل ويدخل فيه الضبع والنعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي رحمه الله في اباحتها والفيل ذوناب فيكره والبرقع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا كل الرخم والبغاث لانهم يأكلان الجيف قال (ولا بأس بغراب الزرع) لانه يأكل الحب ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير قال (ولا يؤكل الابقع الذي يأكل الجيف وكذا الغداف) وقال أبو حنيفة لا بأس بأكل العقعق لانه يخلط فأشبهه الدجاجة وعن أبي يوسف أنه يكره لان غالب أكله الجيف قال (ويكره أكل الضبع والنضب والسلفاء والزنبور والحشرات كلها) أما الضبع فلماذا كرنا وأما النضب فلان النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سأله عن أكله

ثم قال ولنا في هذا التقرير برتنظر لان الثقات من المحدثين رووا الحديث بأجمعهم بتقديم كل ذى ناب من السباع على كل ذى مخلب من الطيور فلا يتمشى هذا التقرير ولو صححت تلك الرواية فتمنع انصراف قوله من السباع الى النوعين جميعا لان قوله وكل ذى ناب أولى بالانصراف اليه لكونه أقرب انتهى أقول قوله لان قوله وكل ذى ناب أولى بالانصراف اليه لكونه أقرب ليس بتمام لان كونه أقرب انما يقتضي أولوية انصرافه اليه من انصرافه الى أول النوعين لا الى النوعين جميعا ومدعى الشيخين انصرافه اليهما معا فلا يقدح فيه ما ذكره والوجه أن يقال بين النوع الاول بقوله من الطيور وهو يأكل أن يكون البيان المذكور في ذيل النوع الثاني وهو قوله من السباع مصر وفا الى النوعين جميعا اذا المتبادر أن يكون كل من البيانين قيد الماقرن به من أحد النوعين مذكورا بازاها الآخر فكيف يبنى الحكم الشرعي على ما هو خلاف المتبادر من الكلام فتدبر (قوله والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاددة) قال الشراح الفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع البهائم انتهى أقول فعلى هذا كان ينبغي للمصنف أن يقول والسبع كل مختطف أو منتهب الى آخر ما ذكره لان قوله والسبع كل مختطف منتهب يشعر باجتماع الاختطاف والانتهاب في كل سبع وهذا لا يتصور على الفرق المذكور كما لا يخفى (قوله وكرهوا كل الرخم والبغاث لانهم يأكلان الجيف) الرخم جمع رجة وهو طائر أبلق يقع يشبه التسري في الخلقة يقال له الاثوق كذا في الصحاح والبغاث طائر أبيض الى الغبرة دوين الرجة بطي الطير ان كذا في الصحاح أيضا معزبا الى ابن السكيت وقال في القاموس البغاث مثلثة الاول طائر أغبر انتهى قال جهور الشراح هنا البغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه وقال بعض منهم بعد ذلك كالعصافير ومحوها أقول هذا التفسير منهم لا يناسب ما في الكتاب أما أولا فلانه يتناول ما يؤكل لهما أيضا كالعصافير فانها مما يؤكل لهما بلا خلاف كما صرح به في أوائل كتاب الصيد والذباح من فتاوى قاضخان وأما ثانيا فلان كثيرا مما لا يصيد من صغار الطير وضعافه لا يأكل الجيف بل يأكل الحب كما لا يخفى فلو كان المراد بالبغاث المذكور في الكتاب ما فسر به لزم

عليه وسلم أكل الدجاجة وهي مما يخلط وقوله (أما الضبع فلماذا كرنا) يريد به قوله ويدخل فيه الضبع يعني أنه ذوناب وهي

(قوله ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم) أقول قول المصنف كل مختطف منتهب يدل على وجودهما في كل سبع (قوله والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه الخ) أقول فيه بحث فانه يصدق على ما يؤكل لهما أيضا كالعصفور (قوله ولم يذكره في الكتاب) أقول قال الزيلعي في شرح الكثر ونوع يخلط بينهما وهو أيضا يؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهو العقعق فعلى هذا لا يصح قول الشارح ولم يذكره في الكتاب

(وقوله وهي حجة على الشافعي) يعني نهى النبي صلى الله عليه وسلم وأتته لثابت الخبر فان قيل يعارضه حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قوي فأخذ نفسي تعافه فلا أحلله ولا أحرمه وحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال كل الضب على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الآكلين أبو بكر رضي الله عنه أجيب بأن الأصل أن الحاضر والمبج إذا تعارض يرجح الحاضر على أن المبج مؤول بما قبل التحريم ولا تؤكل الحرام الأهلية لما ذكر في الكتاب وذهب بشر المبرسي إلى أن حنيفة ونقل ذلك عن مالك رحمه الله تشديداً لما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحى إلى محرم ما إلا به وبحديث غالب بن أبي جبر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبق من مالي إلا حبات فقال عليه الصلاة والسلام كل من سمى مالك واستدلالاً بحل كل الوحشي وهو ضيف أما الآية فلجواز أن يكون قبل حرمة لحم الجرو والدليل على ذلك حرمة الأشياء الحرمية الخارجة عن مدلولها وأما الحديث فلا نه مؤول بكل منها وأما الاستدلال فلأن من شرطه أن لا يكون الفرع منصوصاً عليه والنص الناهي عن لحوم الجوارح الأهلية قائم فبطل القياس قال (وبكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رحمه الله الخ) كلامه واضح وقد اعترض على قوله والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم

(قال المصنف وانما تكره الحشرات كلها استدلالاً بالضب لأنه منها) أقول (٦٣) قال العلامة السكاكي أي لأن الضب

من الحشرات فإذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفراده كما إذا قال طبيب لمريض لا تأكل لحم البعير يتناول نهي كل الأفراد انتهى وفيه بحث (قوله أما الآية فلجواز أن يكون قبل حرمة لحم الجرو) أقول والدليل عليه أن سورة الأنعام مكينة وفتح خير كان بعد الهجرة (قال المصنف ولا يحنيفة رحمه الله قوله تعالى والحمل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والا كل من أعلى منافعها

وهي حجة على الشافعي في إباحته والرتب ومن المؤنثات والسلفاء من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقية شيء وانما تكره الحشرات كلها استدلالاً بالضب لأنه منها قال (ولا يجوز أن كل الجوارح الأهلوية والبغال) لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أهدى المتعة وحرم لحوم الجوارح الأهلوية يوم خيبر قال (وبكره لحم الفرس عند أبي حنيفة) وهو قول مالك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمه الله لا بأس بأكله لحديث جابر رضي الله عنه أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الجوارح الأهلوية وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولا يحنيفة قوله تعالى والحمل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والا كل من أعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم

ان لا يتم قول المصنف لانهم ما بالان الجيف نعم وقع في بعض كتب اللغة تفسير البغاث بما فسرته الشراح بههنا فانه قال في ديوان الادب البغاث ما لا يصيد من الطير وقال في المغرب البغاث ما لا يصيد من صغار الطير كالعصافير ونحوها وقال في الصحاح قال الفراء بغاث الطير شرارها وما لا يصيد منها انتهى الا ان شيئا من ذلك لا يصلح أن يجعل تفسير الما في الكتاب لما ذكرنا من الوجهين وانما التفسير المناسب لما في الكتاب ما قدمناه مما ذكر في الصحاح أو لا معزياً إلى ابن السكيت وما ذكره في القاموس أيضاً بمصر ترشد (قوله وانما تكره الحشرات كلها استدلالاً بالضب لأنه منها) قال صاحب معراج الدراية

(الخ) أقول قال القاضي في تفسيره واستدل به على حرمة لحومها ولا دليل فيه اذ لا يلزم من تعليل الفعل بما يقصد منه غالباً ان لا يقصد منه غيره أصلاً ويدل عليه أن الآية مكينة وعامة المفسرين والمحدثين على أن الجوارح الأهلوية حرمت عام خبير انتهى قال السكاكي فان قيل انما يستقيم هذا أن لو كان المقصود من النص الامتنان عطلق النعمة أمالو كان المقصود الامتنان بالنعمة المخصوصة فلا يستقيم هذا ولئن سلمنا لكان لا نسلم أن منفعة الاكل والحمل فوق منفعة الركوب والزينة أما قوله منفعة الاكل يتعلق بها البقاء في الجملة فسلم لكن غيره يسد مسده فيها وهو الغنم والبقر وغيرهما أما منفعة الركوب والزينة في الخيل فلا يسد غيره مسده فان الركوب والزينة في الخيل يحصل على الكمال حتى جعل له الشرع سهماً من الغنمة كالأدنى فحينئذ تترك الامتنان في الخيل بالا كل لا يدل على حرمة ترك الامتنان بنعمة الدر والنسل والبيع وحمل الثقل قلنا وجه الامتنان لا يتعلق باختصاص هذه المنافع بهذه الأشياء بل يتعلق برجوع هذه المنافع إلى العباد ومنفعة الاكل بالإضافة إلى العباد فوق منفعة الركوب والزينة في النعمة على أنا نقول ان الركوب والزينة لا يختص بهذه الأشياء بل يوجد في غيرها وهو البقر والضأن والابل فلا يكون المقصود منها ذلك المنافع الخاصة بها ومنفعة الاكل في الخيل فوق الركوب يتعلق بالبقاء دون الركوب وأما قوله يسد مسده في تعلق البقاء قلنا ذلك لا يخرج كون منفعة الاكل فوق منفعة الركوب والزينة وأما منفعة البيع والحمل فقد ذكرها دلالة لأنه متى ثبت كونه ركوباً منتفعاً به في ذاته ثبت أنه مال متقوم وحمل للبيع وفيه كلام لا يخفى

ويعتق بأدناها ولأنه آله أرهاب العدو ويكره أكله احتراماً له ولهذا يضرب له بسهم في الغنمية ولأن
في إباحته تقليل آله الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد رضي الله عنه والترجيح للحرمة ثم
قبيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول أصح وأما لبسه فقد قيل لأبأس به لانه
ليس في شربه تقليل آله الجهاد قال (ولأبأس بأكل الأرنب) لأن النبي عليه السلام أكل منه حين
أهدى إليه مشوياداً من أصحابه رضي الله عنهم بالأكل منه ولأنه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف
فأشبهه الطي قال (وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه إلا الأديم والخزير) فإن الذكاة
لا تعمل فيها ما أدام الأديم فلم يهرمه وكرامته والخزير لخصته كما في الدباغ وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر
في جميع ذلك لانه لا يؤثر في إباحة اللحم أصلاً وفي طهارته وطهارة الجلد تبعاً ولا تتبع بدون الأصل وصار
كذبح المجوسي ولنا أن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد
واللحم فإذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي أمانة
في الشرع فلا يدمن الدباغ وكما يطهر لحمه بطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافاً له وهل
يجوز الانتفاع به في غير الأكل قيل لا يجوز اعتباراً بالأكل وقيل يجوز كالزيت إذا خلطه ودلك الميتة
والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الأكل قال (ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك) وقال
مالك وجعاعة من أهل العلم باطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والإنسان وعن
الشافعي أنه أطلق ذلك كله والخلاف في الأكل والبيع واحد لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من
غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولأنه لا دم في هذه الأشياء إذا الدموى

ويعتق بأدناها بأنه ترك ذكر
الحل عليه فينبغي أن لا يحل
الحل عليه وهو فاسد فإن
الكلام في أن ترك أعلى
النعم والذهب إلى مادونه
دليل حرمة الأعلى والحل
ليس كذلك وقوله (والاول)
يعني كون الكراهة
للتحریم (أصح) لانه روى أن
أبا يوسف سأل أبا حنيفة
رحمه الله إذا قلت في شيء
أكرهه فما رأيك فيه قال
التحریم ومبني اختلاف
المشايخ رحمهم الله في قول
أبي حنيفة رحمه الله
على اختلاف اللفظ المروي
عنه فإنه روى عنه رخص
بعض العلماء في لحم الخيل
فأما أنا فلا يعجبني أكله
وهذا يلوح إلى التنزيه
وروى عنه أنه قال أكرهه
وهو يدل على التحريم على
ماروينا عن أبي يوسف
رحمه الله (قوله ولا يؤكل
من حيوان الماء إلا السمك)
واضح

أي لأن الضب من الحشرات فإذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفرادها كما إذا قال طبيب
لمريض لا تأكل كل لحم البعير يتناول منه كل أفرادها انتهى واقتضى أثره العيني أقول ليس ذاك بسديد لأن
الاستدلال على كراهة الحشرات كلها بكراهة الضب لكونه من تلك الحشرات إنما هو من قبيل أن
ترتب الحكم على فرد من أفراد الجنس فينسحب ذلك الحكم على سائر أفراد ذلك الجنس أيضاً من قبيل
أن ترتب الحكم على الجنس فينسحب ذلك الحكم على جميع أفراد ذلك الجنس أيضاً كما توهمه ذاك
الشارحان فالظاهر أن مراد المصنف هو أنه إنما نكرو الحشرات كلها لأن الضب منها وقد ورد في
كراهة أكله النص فيستدل بكراهة أكله على كراهة أكل سائر الحشرات أيضاً بطريق القياس
لاشتراكها كلها في علة الكراهة ثم أقول لست شعري لم وقع المصنف في هذا المضيق ولم يتثبت في إثبات
كراهة أكل الحشرات كلها بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث والظاهر أن الحشرات كلها من الخبائث
فحينئذ يتم الاستدلال بكراهة الضب على كراهة الحشرات كلها كما ذهب إليه (قوله ثم قيل الكراهة
عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول أصح) قال صاحب العناية في تعليل كون الاول أصح
لانه روى أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة رحمه الله إذا قلت في شيء أكرهه فما رأيك فيه قال التحريم انتهى
أقول فيه نظر لأن هذا إنما يدل على كون الاول أصح لو كان المروي عن أبي حنيفة رحمه الله في
هاتيك المسئلة منصرفاً لفظاً أكرهه فكان بعضهم حمله على التحريم وبعضهم حمله على التنزيه وليس
كذلك بل المروي عنه فيها لفظان أحدهما لا يعجبني أكله وبه أخذ من قال بكراهة التنزيه وثانيهما
أكرهه وبه أخذ من قال بكراهة التحريم فبني اختلاف الفريقين اختلاف القطين المرويين عنه كما
صرح به الشراح قاطبة حتى الشارح المزبور نفسه أيضاً حيث قال منصلاً بتعليله المذكور ومبني
اختلاف المشايخ في قول أبي حنيفة على اختلاف اللفظ المروي عنه فإنه روى عنه رخص بعض العلماء
في لحم الخيل فأما أنا فلا يعجبني أكله وهذا يلوح إلى التنزيه وروى عنه أنه قال أكرهه وهو يدل على
التحریم على ماروينا عن أبي يوسف اه تأمل (قوله لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل)

والطافي اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء بطفوا إذا علا والمراد من السمك الطافي الذي يموت في الماء حتف أنفه من غير سبب فيعلو والجريث نوع من السمك والمارماهي كذلك وقوله (والحجة عليه ماروينا) يعني قوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الخ وقوله (وتنسحب عليه فروع كثيرة بينهاها في كفاية المنتهى) منها أنه لو وجد في بطن السمكة سمكة أخرى فأنه تأكل لأن ضيق المكان سبب لموتها وكذلك أن قتلها طير الماء وغيره وكذلك أن ماتت في حب ماء لأن ضيق المكان سبب لموتها وكذلك أن جمعها في حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو بقة - در على أخذها بغير صيد فتق فيها كذلك وإن كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في أكلها لأنه لم يظهر لموتها سبب وإذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها أو أكل شيئاً ألقاه في الماء لتأكل منه فانت (٦٥) منه وذلك معلوم فلا بأس بأكلها وهو في معنى ما انحسر عنه

الماء وقال صلى الله عليه وسلم ما انحسر عنه الماء فكل وقوله (وفي الموت بالحر والبرد روايتان) أحدهما أنها تأكل لأنه مات بسبب حدث فكان كالأقواء الماء على اليبس والآخر أنها لا تأكل لأن الحر والبرد صفتان من صفات الزمان وليستا من أسباب الموت في الغالب وأطلق القدوري رحمه الله الروايتين ولم ينسبهما لأحد من كرشنج الإسلام رحمه الله أنه على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يحل وعلى قول محمد رحمه الله يحل والله سبحانه وتعالى أعلم

(كتاب الاضحية)

أورد الاضحية عقيب الذبائح لأن التضحية ذبح خاص والخاص بعد العام والاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحية وهي أفعولة وكان أصله أضحية اجتمعت الواو

لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبهه السمك قلنا قوله تعالى ويحرم عليكم -م الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال قال (وبكره أكل الطافي منه) وقال مالك والشافعي رحمه الله لا بأس به لاطلاق ماروينا ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافاً إلى البحر لا مامات فيه من غير آفة قال (ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة) وقال مالك لا يحل الجراد إلا أن يقطع إلا خذ رأسه أو يشويه لأنه صيد البر ولا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل إلا بالقتل كما في سائرهم والحجة عليه ماروينا وسئل على رضي الله عنه عن الجراد يأخذ الرجل من الأرض وفيها الميت وغيره فقال كاه كاه وهذا عد من فصاحته ودل على إباحته وإن مات حتف أنفه بخلاف السمك إذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الأصل في السمك عندنا أنه إذا مات بآفة يحل كالأخوذ وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بينهاها في كفاية المنتهى وعند التمام - يل يقف البرز عليهما منها إذا قطع بعضها فمات يحل أكل ما أبين وما بقي لأن موته بآفة وما أبين من الحي وإن كان ميتاً فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان والله أعلم

كتاب الاضحية

أقول الظاهر أن ضميرهم راجع إلى جميع من خالفنا في هذه المسألة على التفصيل المذكور إذ لم يذكر فيما بعد سوى دليل أئمتنا مع أن التمسك بهذه الآية على الوجه المذكور لا يتمشى على قول من قال منهم باستثناء الخنزير والكاب والانسان كما مر ذلك أيضاً على ذلك القول يلزم الفصل كما لا يخفى فتأمل (قوله ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل للحديث) أقول لا يذهب على الفطن أن هذا القدر من الاستدلال لا يقيد مدعي مالك والشافعي بدون المصير إلى اطلاق ذلك الحديث أيضاً للسمك الطافي وعند ذلك لا يظهر وجه جعله دليلاً مستقلاً كما هو مقتضى تحرير المصنف بل ينبغي أن يقال لاطلاق ماروينا واطلاق حديث حل ميتة البحر

كتاب الاضحية

أورد الاضحية عقيب الذبائح لأن الاضحية ذبيحة خاصة والخاص بعد العام كذا قالوا أقول فيه

(٩ - تكلمه ثامن) والياء وسبقت أحدهما بالسكون فقلبت الواو ياء وأدغمت الياء في الياء وكسرت الحاء لتناسب الياء ويجمع على أضحية بنشد الياء قال الاصمعي وفيها أربع لغات أضحية بضم الهمزة وبكسر ها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة كهدية (قال المصنف وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافاً إلى البحر) أقول فيه بحث فإن الظاهر أن إضافة ميتة البحر مثل إضافة قتلى الطف في كونها إضافة إلى المكان وجوابه أن مراده لا مامات فيه بغير آفة توفيقاً بين الروايتين

كتاب الاضحية

(قوله أورد الاضحية عقيب الذبائح لأن الخ) أقول الأولى أن يقول أورد الاضحية عقيب الذبائح لأنها ذبيحة خاصة

وهذا بابا وأضحاؤه وجعه أضحى كارطاة وأرطى وقال الفراء الأضحى يذ كرو ويؤث وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الأضحى وشرائطها استد كرفي أننا الكلام وسببها الوقت وهو أيام النحر لأن السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذا اصل في اضافة الشيء الى الشيء أن يكون سببا وكذا اذا اذمه فتكرر بتكرره كما عرف في الاصول ثم ان الاضحية تكرر بتكرار الوقت وهو ظاهر وقد اضيف السبب الى حكمه يقال يوم الأضحى فكان كقولهم يوم الجمعة ويوم العيد ولا نزاع في سببية ذلك وما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كامتناع تقديم الصلاة على وقتها لا يقال لو كان الوقت سببا لوجب على الفقير لتحقيق السبب لان الغنى شرط الوجوب والفرض عدمه (٦٦) وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن الموسر اذا اشترى شاة للاضحية في أول

يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيتها ولا تسقط عنه الاضحية فتو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كافي الزكاة

(قوله وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص) أقول في معراج الدراية المراد من قول أصحابنا الاضحية واجبة التضحية أو على حذف المضاف كقوله تعالى الحج أشهر معلومات اذا لافعال توصف بالوجوب لا الاعيان ويحتمل أن يراد حقيقة لان الاعيان توصف بالحرمة فتوصف بالوجوب أيضا انتهى وهذا الكلام منه بعد ما فسر الاضحية في عرف الشرع بما ذكره هذا الشارح ففيه ما ترى ثم اعلم أنه لا بد في التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسن

مناقشة هي أنهم ان أرادوا أن الخاص يكون بعد العام في الوجود فهو ممنوع اذا قد تقرر عند المحققين أنه لا وجود للعام الا في ضمن الخاص وان أرادوا أن الخاص يكون بعد العام في العقل فهو انما يكون اذا كان العام ذاتيا للخاص وكان الخاص معقولا بالكنه كما عرف وكون الامر كذلك فيما نحن فيه ممنوع ويمكن أن يقال تميز الذاتي من العرضي انما يتعسر في الحقائق النفس الامرية وأما في الامور الوضعية والاعتبارية كما فيما نحن فيه فكل ما اعتبر داخل في مفهوم شيء يصير ذاتيا لذلك الشيء ويكون تصور ذلك الشيء بالامور الداخلة في مفهومه تصوره بالكنه ولا شك أن معنى الذبح داخل في معنى الاضحية لغة وشريعة فيتموقع تعقلها على تعقل معنى الذبح فيتم التقريب على اختيار الشق الثاني تأمل توقف ثم ان بيان معنى الاضحية لغة وشريعة قد اختلفت فيه عبارات الشراح فقال صاحب النهاية أما لغة فالاضحية اسم شاة ونحوها تذبح في يوم الأضحى انتهى أقول فيه نوع مخالف لما ذكر في مشاهير كتب اللغة من القاموس والصحاح وغيرهما فان المذكور فيها أن الاضحية شاة تذبح يوم الأضحى ولم يذ كرفي واحد منها عموم الاضحية لشي من غير الشاة كما يشعر به لفظ ونحوها في عبارة صاحب النهاية وقال صاحب العناية ومعراج الدراية الاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الأضحى انتهى أقول فيه سماجة ظاهرة فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الأضحى من مثل الدجاجة والحمامة ونحوهما مما لا يطلق عليه لفظ الاضحية لا بحسب الشرع ولا بحسب اللغة وقال صاحب الكافي والكفاية هي ما يضحى بها أي يذبح انتهى أقول فيه خلل بين فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الأضحى وغيره وانما هذا معنى الذبيحة مطلقا ولا شك أن الاضحية أخص منها ثم قال صاحب النهاية وأما شرعا فالاضحية اسم حيوان مخصوص وهو الابل والبقر والضأن والمزبسن مخصوص وهو الشئ فصاعدا من هذه الانواع الاربعة والجدع من الضأن يذبح بنية القرية في يوم مخصوص وهو يوم الأضحى عند وجود شرائطها وسببها انتهى وقال صاحب العناية وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الأضحى انتهى أقول يرد على ظاهره أن الاضحية في الشريعة عبارة عما يذبح من حيوان مخصوص في وقت مخصوص لا عن ذبح ذلك الحيوان في ذلك الوقت فان هذا معنى التضحية لا معنى الاضحية وقد لوح اليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هي في الشريعة ما يذبح في يوم الأضحى بنية القرية وقال فيما نقل عنه ومن قال عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص فانه لم يفرق بين الاضحية والتضحية انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه بحمل الكلام على المسامحة بناء على ظهور المرام فيكون المراد بذبح حيوان مخصوص هو الحيوان المذبح نفسه وهذا كما قيل في تعريف

مخصوص للابنة فضع التعريف (قوله لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه) أقول باضافته اليه قال أو عكسه (قوله اذا اصل في اضافة الشيء الى الشيء أن يكون سببا) أقول أي أن يكون المضاف أو المضاف اليه (قوله حتى مضت أيام النحر ثم افتقر الخ) أقول فيه أن المسترى اذا كان فقيرا حين اشترى اهالها ولم يضح حتى مضت الايام فكذا الحكم ففي دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث اذا ليس في الفقرة قدرة لا يمكن ولا ميسرة فذلك لا اشتراط بنية الاضحية لا القدرة فلينأمل ثم ظاهر قول المصنف وتفاوت بعض الوقت يدل على أن وجوبه ليس بالقدرة الممكنة والام تسقط وكان عليه أن يضحى وان لم يشتر شاة في يوم النحر وسبق قول انها شبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى وهذا كالصريح في أن المعتبر فيها هو القدرة الميسرة

والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أدنى ما يتمكن به المرء من اقامته تلك فجة ما يصلح للاضحية ولم تجب الا بملك النصاب فدل أن وجوبها بالقدر الميسر لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر وهذا لانها وظيفة مالية تنظر الى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما في صدقة (٦٧) الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التملك وليس كذلك لان

القرب المالية قد يحصل بالاتلاف كالاتاق والمضحي ان تصدق باللحم فقد حصل النوعان أعني التملك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير وأما حكمها فان خروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول الى الثواب بفضل الله تعالى في العقبى قال (الاضحية واجبة الخ) كلامه واضح والجوامع اسم كتاب في الفقه صنفه أبو يوسف رحمه الله وقيد بقوله في الوظائف المالية احترازاً عن البدنية كالصلاة والصوم فانها ما يختلفان فيها لان المسافر يلحقه المشقة في أدائها والعبرة ذبيحة كانت تذبح في رجب يتقرب بها أهل الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام ثم نسخ

(قوله لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر) أقول للسائل أن ينقل الكلام الى صدقة الفطر فيحتاج الى جواب حاسم لمادة الاعتراض فليأمل وفي شرح المنار للعلامة ابن فرشته وكذا النصاب ليس بشرط في صدقة

قال (الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحية عن نفسه وعن ولده الصغار) أما الوجوب فقول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدي الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله وعنه أنها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي أن على قول أبي حنيفة واجبة وعلى قول أبي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من أراد أن يضحي منكم فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيئاً والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجب على المسافر لانها لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتبة العلم بمحصل صورة الشيء في العقل أن المراد منه هو الصورة الحاصلة في العقل على المسامحة كما حققه الشريف الجرجاني في عدة مواضع من تصانيفه وطعن بعض الفضلاء في التعريف الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال اعلم أنه لا بد في التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسن مخصوص لثلاث ينتقض التعريف انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه أيضاً بان قوله حيوان مخصوص يغني عن ذلك القيد الآخر فان المراد بالمخصوص ما يعم المخصوص النوعي وهو الانواع الاربعة الابل والبقر والضأن والمعز والمخصوص السني أيضاً وهو التي فصاعداً من الانواع الاربعة المذكورة والجذع من الضأن وحده فلا ينتقض التعريف بشيء نعم لو فصله كما وقع في النهاية وغيره لكان أظهر لكنه سلك مسلك الاجال اعتماداً على ظهور تفصيل ذلك في تضاعيف المسائل الاربعة ثم قال صاحب النهاية وأما شرائطها فنوعان شرائط الوجوب وشرائط الاداء أما شرائط الوجوب فاليسار الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر والاسلام والوقت وهو أيام النحر حتى لو ولدن المرأة ولداً بعد أيام النحر لوجب الاضحية لاجله ثم قال وأما شرائط الاداء فالوقت ولو ذهب الوقت تسقط الاضحية الآن في حق المقيمين بالامصار بشرط شرط آخر وهو أن يكون بعد صلاة العيد ثم قال وأما سببها فهو الميهم في هذا الكتاب فان سبب وجوب الاضحية ووصف القدرة فيها بأنها ممكنة أو ميسرة لم يذكر في أصول الفقه ولا في فروعها أما الاول فأقول وبالله التوفيق ان سبب وجوب الاضحية الوقت وهو أيام النحر والغنى شرط الوجوب وانما قلنا ذلك لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذا اصل في اضافة الشيء الى الشيء أن يكون حادثاً به سبباً وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف ثم ههنا تكرر وجوب الاضحية بتكرره الوقت ظاهر وكذلك الاضافة فانه يقال يوم الاضحية كما يقال يوم الجمعة ويوم العيد وان كان الاصل هو اضافة الحكم الى سببه كما في صلاة الظهر ولكن قد يضاف السبب الى حكمه كما في يوم الجمعة ومثل هذه الاضافة في الاضحية لم توجد في حق المال الا يرى أنه لا يقال أضحية المال ولا مال الاضحية فلا يكون المال سبباً انتهى أقول فيه نظراً لان الوقت لما كان شرط وجوب الاضحية كما صرح به لم يبق مجال أن يكون سبباً لوجوبها لان الشيء الواحد لا يصح أن يكون شرطاً وسبباً لشيء واحد آخر اذ قد تقر في علم الاصول أن الشرط والسبب قسمان قد اعتبر في أحدهما ما ينافي الآخر فانه قد اعتبر في السبب أن يكون موصلاً الى المسبب في الجملة وفي الشرط أن لا يكون موصلاً الى المشروط أصلاً بل كان وجود المشروط متوقفاً عليه ومن المنع أن يكون شيء واحد موصلاً الى شيء واحد آخر وأن لا يكون موصلاً اليه في طالة واحدة لاقتضائه اجتماع النقيضين وعن هذا قالوا في الصلاة ان الوقت سبب لوجوبها وشرط لادائها فلم يلزم أن يكون سبباً وشرطاً بالنسبة الى شيء واحد (قوله الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحية)

الفطر ليس بل ايصير الموصوف به أهلاً للاغناء اذا لا يتحقق من غير الغنى الشرعي فان قلت المراد من الاغناء الاغناء عن المسئلة وذلك لا يتوقف على الغنى الشرعي قلت ما دون الغنى الشرعي في حكم العدم لان من لم ينصف به يكون أهلاً لاخذ صدقة الفطر فلا يكون أهلاً لوجوبها التناهي بينهما انتهى ثم اعلم أن تفصيل القدرة الممكنة والقدرة الميسرة في باب حسن الأمور به من كتب الاصول فراجع

قال في العناية أخذ من النهاية وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن الموسر إذا اشترى شاة للاضحية في أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر ~~كان عليه~~ أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت بالقدرة المبسرة لكان دوامها شرطاً كافي الزكاة والعشر والخراج حيث تسقط به لالة النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أدنى ما يمكن به المرء من إقامتها تلك قيمة ما يصلح للاضحية ولم يجب الأبل لك النصاب فدل أن وجوبها بالقدرة المبسرة لأن اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كافي صدقة الفطر وهو هذا لأنهم أوظيفة مالية تنظر إلى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كافي صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التملك وليس كذلك لأن القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحي أن يتصدق باللحم فقد حصل النوعان أعني التملك والاتلاف بإراقة الدم وإن لم يتصدق حصل الآخر إلى هنا لفظ العناية واعتراض بعض الفضلاء على قوله بدليل أن الموسر إذا اشترى شاة للاضحية في أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر الخ حيث قال فيه أن المشتري إذا كان فقيراً حين اشتراها لها ولم يضح حتى مضت الأيام فكذلك الحكم في دلالة ما ذكره على مطلوبه بحيث إذا لم يس في الفقير قدرة لا يمكنه ولا مبسرة فذلك للاشتراء بنية الاضحية لا للقدرة فليتأمل انتهى أقول ليس هذا بشئ إذ لا نزاع لاحد في أن علة وجوب الاضحية على الموسر هي القدرة على النصاب وإنما الكلام هنا في أن القدرة التي يجب بها الاضحية على الموسر هل هي القدرة الممكنة أم القدرة المبسرة فاستدل صاحب النهاية على أنها هي القدرة الممكنة بمسئلة ذكرت في فتاوى قاضيان وهي أن الموسر إذا اشترى شاة للاضحية في أول أيام النحر لم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية واقفي أثره صاحب العناية ولا شك في استقامة هذا الاستدلال إذ لو كان وجوبها بالقدرة المبسرة لكان دوامها شرطاً على ما تقر في علم الأصول ولا يضره اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة وهو وجوب التصديق بعينها أو بقيمتها لأن علة الوجوب في المعسر هي الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به لا القدرة وعلة في الموسر هي القدرة لا الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به أيضاً بعد أن تقرر أن علة في الموسر هي القدرة لا غير تكون تلك المسئلة دليلاً واضحاً على تعيين أن المراد بتلك القدرة هي الممكنة لا المبسرة على أن اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة ممنوع إذ الواجب في صورة أن كان المشتري معسراً هو التصديق بعينها لا غير بخلاف أن كان موسراً كما سيجي في الكتاب مفصلاً وقال ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف ونفوت بعض الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة والالم تسقط وكان عليه أن يضحى وإن لم يشترشاة في يوم النحر اه أقول وليس هذا أيضاً بشئ لأن مراد المصنف هناك فوات أداء الاضحية بمضي الوقت لا سقوطها بالكلمة في حق المقيم أيضاً فإن الأداء هو تسليم عن الثابت بالامر بفوت بعض الوقت في الواجبات المؤقتة مطلقاً لأن الوقت شرط لادائها على ما عرفت في أصول الفقه وأما القضاء وهو تسليم مثل الواجب بالامر فلا يسقط بمضي الوقت وإنما القائل بمضي شرف الوقت لا غير وهذا أيضاً مما عرفت في أصول الفقه وقد تقرر فيه أيضاً أن القضاء قد يكون بمثل معقول كالصلاة للصلاة وقد يكون بمثل غير معقول كالغدية للصوم وفوات النفقة للرجوع وعدوا الاضحية من القسم الثاني وقالوا إن أداءها في وقت بإراقة الدم وقضاءها بعدم مضي وقتها بالتصدق بعينها أو بقيمتها فقول ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف ونفوت بعض الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة غير مسلم وقوله والالم تسقط وكان عليه أن يضحى وإن لم يشترشاة في يوم النحر ليس بصحيح إذ لم يقل أحد بسقوطها بعد وجوبها حتى يصح قوله والالم تسقط ولم يقل أحد بصحة أداء الموقنات بعدم مضي وقتها حتى يصح قوله وكان عليه أن يضحى وإن لم يشترشاة في يوم النحر فإن النضحية إراقة الدم وهي إنما تقبل في وقت الأداء لا بعده وإنما الذي يلزم بعده قضاءها وهو أن يكون

(قوله ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعتي أجيب بأنه محمول على الترك اعتقاداً أو الترك أصلاً فان ترك السنة أصلاً حرام وقد تجب المقاتلة به لأن فيه ترك الأذان ولا مقاتلة في غير الحرام وقوله (لأن الإضافة للاختصاص) ظاهر وقوله (وهو) أي الاختصاص (بالوجود) (٦٩) لأنه إذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقاً به فخصه عن الاختصاص

(والوجوب هو المفضي إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس) لجواز أن يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب واعترض بأن السنة أيضاً مفضي إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس لأن الناس لا يجتمعون على ترك السنة وأجيب بأن الوجوب يفضي إليه لاستحقاق العقاب بتركه وقوله غير أن الأداء اختص بأسباب أي بشرائط يشق على المسافر استحضارها وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها في وقت معين وقد تميز له السفر قبل ذلك وفي ذلك مشقة والسفر مؤثر في التخفيف ألا ترى إلى جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التي لا تبلغ قيمة الضحية ولا عشرها فأولى أن يسقط عنه وجوب الضحية وهو أقوى حرجاً من زيادة ثمن الماء وقوله (والمراد بالارادة) جواب عما استدلوا به من قوله عليه الصلاة والسلام من أراد أن يضحي منكم فكان

ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقرب من مصداق مثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولأنه أقرب به بضاف إليها وقتها يقال يوم الأضحية وذلك يؤذن بالوجوب لأن الإضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها ويقوت بعض الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روى والله أعلم ما هو ضد السهولة والتخفيف والعبرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب

بالتصدق بعينها أو بقيمتها لا بغيره ثم قال ذلك البعض وسبق قول المصنف أنه ما تشبه الزكاة من حيث أنها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب بخلاف صدقة الفطر لأنها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى وهذا كالصرح في أن الاعتبار فيها هو القدرة الميسرة إلى هنا كلامه أقول وهذا أيضاً ساقط جداً لأن الأضحية إنما تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر لا بهلاكه بعد مضيها حتى لو اقترب به بعد مضيها كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها كما مر بيانه ووجه ذلك ما تقر في علم الأصول من أن وجوب الأداء في الموقنات التي بفضل الوقت عن أدائها كالصلاة ونحوها إنما ثبت آخر الوقت إذ هنا يتوجه الخطاب حقيقة لأنه في ذلك الآن بانهم بالترك لا قبله حتى إذا مات في الوقت لأشئ عليه والأضحية من هاتيك الموقنات فتسقط بهلاك المال قبل مضي وقتها ولا تسقط بهلاكه بعد مضي وقتها التقرر سبب وجوب أدائها إذا كان يلزم قضاؤها بالتصدق بعينها أو بقيمتها بخلاف الزكاة فإنها من الواجبات المطلقة دون الموقنة كما نص عليه في علم الأصول فتسقط بهلاك النصاب مطلقاً أي في أي وقت كان لا اعتبار بالقدرة الميسرة فيها ومن شرط تلك القدرة بقاؤها البقاء الواجب لئلا ينقلب إلى العسر كما عرف في أصول الفقه فلو كان الاعتبار في الأضحية أيضاً هو القدرة الميسرة لزم أن تسقط الأضحية أداء وقضاء بهلاك المال بعد أيام النحر أيضاً لكون دوام القدرة الميسرة شرطاً لا محالة ومما إذا المصنف بقوله المزبور بيان مشابهة الأضحية بالزكاة في مجرد سقوطها بهلاك المال في بعض الأحوال لا في السقوط بهلاكه في كل حال ومن البين فيه قوله من حيث أنها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب حيث قبله هلاك المال بكونه قبل مضي أيام النحر في سقوط الأضحية وأطلق هلاك النصاب في سقوط الزكاة والمحجب أن هذا الفرق مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض حتى جعل كلام المصنف كالصرح في خلافه (قوله ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقرب من مصداق مثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعتي وأجيب بأنه محمول على الترك اعتقاداً أو الترك أصلاً فان ترك السنة أصلاً حرام وقد تجب المقاتلة به لأن فيه ترك الأذان ولا مقاتلة في غير الحرام كذا في العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول ذلك التأويل محتمل فيما نحن فيه من الحديث أيضاً بأن يكون المراد بقوله عليه السلام ولم يضح هو ترك التضحية اعتقاداً أو تركها أصلاً فلا يتم الاستدلال به على الوجوب كما لا يخفى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام كتبت على الأضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه السلام ضحوا فانها سنة أبيكم إبراهيم وبأن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة وأجيب عن الأول بأن

معنى قوله عليه الصلاة والسلام من أراد من قصد التضحية التي هي واجبة كقول من يقول من أراد الصلاة فليتوضأ وقوله (والعبرة) جواب عما استشهدوا به

(قال المصنف ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) أقول يمكن أن يمنع ذلك كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم من أكل من هاتين الشجرتين فلا يقرب من مصداق مثل (قوله أجيب بأنه محمول على الترك اعتقاداً الخ) أقول فيسه تأمل

وقوله (على ما قيل) يشير إلى أن في تفسيرها اختلافا وقد ذكرنا ما يوافق تفسير المصنف وذ كر في الايضاح أنها عبارة عما اذا ولدت النافذة أو الشافذة مع أول ولدها فأكل وأطعم وهي منسوخة بالاضحية وعورض بقوله عليه الصلاة والسلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه الصلاة والسلام ضحوا فانها سنة أبيكم إبراهيم وبأن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس (٧٠) واجبة وأجيب عن الاول بأن المكتوبة الفرض ونحن نقول بأنهم اغبر فرض

وانما هي واجبة وعن الثاني أنه مشترك الزام فان قوله ضحوا أمر وهو للوجوب وقوله فانها سنة أبيكم أي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بانهم ما كانوا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين وقوله (وانما اختص الوجوب بالحرية) بيان للشروط المذكورة في أول الباب وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله غير أن الاداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها وقوله (لما روينا) إشارة إلى قوله من وجد سعة ولم يضح الحديث وقوله (سنتين مقداره) أي مقدار الوقت وقوله (لا تجب عن ولده) يعني سواء كان صغيرا أو كبيرا اذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنها تجب عليه وقوله (والاصح أن يضحي من ماله) أي من مال الصغير (وبأكل) أي الصغير من الاضحية

على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتأدى الا بالملك والمالك هو الحر وبالإسلام لكونها فريضة وبالإقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم والوقت وهو يوم الاضحية لانها مختصة به وسنتين مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه أصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وروى عنه أنه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك رأس عونه وبلى عليه وهما موجودان في الصغير وهذه فريضة والاصل في القرب أن لا تجب على الغير بسبب الغير وهذا لا تجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة فطره وان كان للصغير مال يضحي عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمه الله يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعا لان هذه القرية تتأدى بالاراقسة والصدقة بعدها تطوع ولا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه أن يأكل كله والاصح أن يضحي من ماله وبأكل كل منه ما أمكنه ويتناع بما بقي ما ينتفع بعينه

المكتوبة الفرض ونحن نقول بأنهم اغبر فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بأنه مشترك الزام فان قوله ضحوا أمر وهو للوجوب وقوله فانها سنة أبيكم أي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بانهم ما كانوا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين انتهى أقول في تقريره الجواب عن الثاني خلل فان القول بأنه مشترك الزام ليس بصحيح لانه لما كان قوله ضحوا أمر او كان الأمر للوجوب وجاز أن يحمل السنة في قوله فانها سنة أبيكم على الطريقة المسلوكة في الدين وهي تم الواجب أيضا تعين جانبنا ولم نشترك في الزام قط فالصواب في تقرير الجواب عن الثاني ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وقوله ضحوا دليلنا لانه أمر فيفيد الوجوب وقوله فانها سنة أبيكم لا ينفى الوجوب لان السنة هي الطريقة في الدين واجبة كانت أو غير واجبة انتهى وأورد بعض الفضلاء على الجواب عن الاول حيث قال فيه بحث فانه روى الدارقطني بإسناده عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ثلاث كتبت على وهن لكم تطوع الحديث انتهى أقول المقصود من الجواب المذكور دفع معارضة الخصم بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم ولا شك في اندفاع تلك المعارضة بالجواب المذكور وما ذكره ذلك البعض من رواية الدارقطني لا يقدح في تمام ذلك الجواب بالنظر إلى ما هو المقصود منه وانما يكون ذلك معارضة أخرى لاصل المدعى ولعل جهور الشراح انما لم يتعرضوا للجواب عنه أصالة لكونه ضعيفا غير صالح للمعارضة لما روينا لان الدارقطني أخرجه عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعا وجابر الجعفي ضعيف كما ذكره أهل الحديث وقال صاحب التنقيح وروى من طرق أخرى وهو ضعيف على كل حال انتهى (قوله وبالوقت وهو يوم الاضحية لانها مختصة به) أقول هنا شائبة مصادرة لان قوله وبالوقت عطف على قوله بالحري في قوله وانما اختص

التي هي من ماله (ما أمكنه ويتناع بما بقي ما ينتفع بعينه) كالغربال والمخل كما في الجلد وهو اختيار شيخ الاسلام وهكذا قال روى ابن سماعة عن محمد بن رجم الله وقبل ذلك يصح في جلد الاضحية من غير خلاف أحد وأما في لحمها فليس له الا أن يطعم أو يأكل

(قوله وأجيب عن الاول بأن المكتوبة الخ) أقول فيه بحث فانه روى الدارقطني بإسناده عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام قال ثلاث كتبت على وهن لكم تطوع الحديث

قال (ويزج عن كل واحد منهم شاة أو بذبح بقرة أو بدنة عن سبعة) والقياس أن لا تجوز الا عن

واحد لان الاراقة واحدة وهي القرية الا ان اتركناه بالاثرو هو ما روى عن جابر رضي الله عنه أنه قال
نحونا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقى على أصل
القياس وتجوز عن ستة أو خمسة أو ثلاثة ذكره محمد رحمه الله في الأصل لانه لما جاز عن السبعة فمن
دونهم أولى ولا تجوز عن ثمانية أخذ بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب أحدهم أقل
من السبع ولا تجوز عن الكل لانه عدم وصف القرية في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال
مالك تجوز عن أهل بيت واحد وان كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين وان كانوا أقل منها
لقوله عليه السلام على كل أهل بيت في كل عام أضحية وعنيرة قلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت
لان اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام أضحية وعنيرة ولو كانت البدنة بين اثنين
نصف في تجوز في الأصح لانه لما جاز ثلاثة أسباع جاز نصف السبع تبعاً واذا جاز على الشركة
فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقسما جازاً لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد
اعتباراً بالبيع قال (ولو اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه ثم اشترى فيها ستة معه جاز
استحساناً) وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه أعدها للقرية فيمنع عن بيعها تموت ولا الاشتراك
هذه وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سميعة يشترى بها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما
يطالبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعاً للخرج وقد أمكن لان الشراء للتضحية لا يمنع
البيع والاحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في
القرية وعن أبي حنيفة أنه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا قال (وليس على الفقير والمسافر
أضحية) لما بينا وأبو بكر وعمر كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي ليس على المسافر جعة
ولا أضحية

الوجوب بالحرية فيصير المعنى وانما اختص وجوب الأضحية بالوقت الذي هو يوم الأضحية لانها أي
الأضحية مختصة به أي بذلك الوقت فيؤول الى تعليل الاختصاص بالاختصاص كما ترى لا يقال المذكور في
العلة اختصاص الأضحية بنفسها بذلك الوقت والمعتبر في المدعى اختصاص وجوب الأضحية فاللازم
هنا تعليل اختصاص وجوب الأضحية بذلك الوقت باختصاص نفس الأضحية به ولا مصادرة فيه لانا
نقول لا معنى لاختصاص الأضحية بذلك الوقت سوى اختصاص وجوبها به اذا لا شك في إمكان عمل
التضحية في جميع الاوقات فلا بد أن يكون المراد بقوله لانها مختصة به أن وجوبها مختص به فيلزم
المذکور المذكور وكان صاحب الكافي تبه له - هذا حيث غير عبارة المصنف فيما قبل فقال بدل قوله
وانما اختص الوجوب بالحرية الخ والتقييد بالحرية لانما افرقة ما ليس بمفتقرة الى الملك والحر هو المالك
ثم قال والوقت لاختصاصها به فاللازم حينئذ تعليل التقييد بالوقت باختصاص الأضحية بذلك الوقت ولا
مصادرة فيه فان قلت يجوز أن يكون مراد المصنف بقوله وانما اختص الوجوب بالحرية وانما اختصه
القدوري في مختصره بالحربة على أن يكون كلمة اخص مبنياً للفاعل والوجوب مفعوله ويكون مراده
هنا بقوله لانها مختصة به أنها مختصة به في الشرع فاللازم تعليل تخصيص القدوري وجوب الأضحية
بالوقت باختصاص الأضحية في الشرع بذلك الوقت ولا مصادرة فيه قلت حينئذ يصير معنى الكلام
في هذا المقام بمنزلة الغوفان المفصود ببيان الاختصاص الشرعي وتعليل ذلك الاختصاص كما فعله
باختصاصه بالحربة وبالاسلام وبالأقامة وباليسار وعلى المعنى المذكور يلزم أن يكون المبين والمعلل
هنا مجرد تخصيص القدوري وجوبه بالوقت بدون أن يبين وجه اختصاصه الشرعي بذلك الوقت بشئ

(قوله ولهذا واشترى أضحية ثم باعها واشترى مثلها لم يكن به بأس) أقول فيه بحث

قال (ووقت الاضحية بدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا أنه لا يجوز لأهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العبد فأما أهل السواد فيذبحون بعد الفجر) والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح شاة قبل الصلاة فابعد ذبحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية غير أن هذا الشرط في حق من عليه الصلاة وهو المصري دون أهل السواد لان التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلاة ولا معنى للتأخير في حق القروى ولا صلاة عليه ومارو يناه حجة على مالك والشافعي رحمه الله في نفيها الجواز بعد الصلاة قبل فحرم الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلاة وحيلة المصري اذا اراد التجيز أن يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر لانها تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر ~~ك~~ الزكاة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحي بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا

أصلا ولا يخفى ما فيه (قوله ووقت الاضحية بدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا أنه لا يجوز لأهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العبد) قال صاحب النهاية وهذه العبارة تشير الى ما ذكره في المبسوط بقوله ومن ضحي قبل الصلاة في المصر لا يجزئ له عدم الشرط لعدم الوقت أقول في هذا الاشكال لان الحدين الذين ذكرهما المصنف فيما بعد وجعلهما الاصل في هذه المسئلة وكذا سائر الاحاديث الواردة في بيان وقت جواز التضحية لا يدل شي منها على دخول وقت الاضحية بطلوع الفجر من يوم النحر في حق أهل الامصار بل يدل ظاهر كل منها على أن أول وقتها في حق من عليه الصلاة بعد الصلاة فنأخذ دخول وقتها بطلوع الفجر من يوم النحر في حق أهل الامصار أيضا وعلى تقدير أن يتحقق المأخذ لذلك فلا إشكال باق لانه اذا لم تنأد الاضحية بالذبح بعد طلوع الفجر من يوم النحر قبل الصلاة في حق أهل الامصار بل لم يمكن أدائها قبل الصلاة في حقهم لعدم تحقق الشرط فبما معنى جعل ذلك الوقت قبل الصلاة من يوم النحر وقتا للاضحية في حق أهل الامصار أيضا وماترة ذلك والظاهر أن مرة كون وقت ما وقت الواجب صحة أدائه ذلك الواجب في ذلك الوقت ولا أقل من امكان أدائه فيه فتأمل ثم ان صاحب الوقاية قال في تحريره هذه المسئلة وأول وقتها بعد الصلاة ان ذبح في مصر وبعد طلوع فجر يوم النحر ان ذبح في غيره وآخره قبيل غروب اليوم الثالث انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في مثله وأول وقتها بعد طلوع فجر يوم النحر وآخره قبيل غروب اليوم الثالث وشرط تقديم الصلاة عليها ان ذبح في مصر وان ذبح في غيره لا وقال فيما نقل عنه في الحاشية هذه من المواضع التي أخطأ فيها تاج الشريعة حيث زعم أن أول وقتها يختلف بحسب مكان الفعل ولم يتنبه له تاج الشريعة انتهى كلامه أقول لا خطأ في كلام تاج الشريعة أصلا فان مراده بقوله وأول وقتها أول وقت أدائها الأول وقت وجوبها ولا شك أنه اذا كان تقديم الصلاة عليه شرطاً في حق أهل الامصار كان أول وقت أدائها في حقهم بعد الصلاة وان كان أول وقت وجوبها بعد طلوع الفجر من يوم النحر ويؤيده جدا عبارة الامام قاضيان في فتاواه حيث قال ووقت الاداء لمن كان في المصر بعد فراغ الامام عن صلاة العبد انتهى (قوله ولو ضحي بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم) قال الشراح قوله أجزأه استحسانا يشير الى أنه لا يجزئ قياسا وذلك لان اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز ذلك فانه قبل الصلاة من وجهه وبعد الصلاة

وقوله (وما روينا حجة على مالك والشافعي رحمه الله) إشارة الى قوله ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين فانه باطلاقة يتناول ما قبل فحرم الامام وما بعده وقوله (ولو ضحي بعد ما صلى أهل المسجد) معناه أن يخرج الامام بالناس الى الجبانة ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعنه على رضى الله عنه حين قدم الكوفة وقوله (أجزأه استحسانا) يشير الى أنه لا يجوز قياسا لان اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز في العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله (وقيل هو جائز) أي العكس جائز قياسا واستحسانا والفرق أن المسنون في العبد هو الخروج الى الجبانة وأهل الجبانة هم الاصل وقد صلوا فيجوز قياسا واستحسانا

قال (وهي جائزة في ثلاثة أيام الخ) كلامه واضح قوله (ويجوز الذبح في لياليها) أي في ليالي أيام النحر المراد بها الليلتان المتوسطتان لا غير فلا تدخل الليلة الأولى وهي ليلة العاشر من ذي الحجة ولا ليلة الرابع عشر من يوم النحر لأن وقت الاضحية يدخل بطول الفجر من يوم النحر على ما ذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر ويغيب غروب الشمس من اليوم الثاني عشر فلا يجوز في ليلة النحر البتة وقوعها قبل وقتها ولا في ليلة النشر بق المحض لخروجه وانما جازت في الليل لأن الليالي تتبع للأيام وأما الكراهة فلما ذكره في الكتاب وقوله (والتضحية فيها) أي في أيام النحر (أفضل من التصديق) (بمن الاضحية) أما في حق الموسر

(٧٣)

فلائها تقع واجبة في ظاهر الرواية أو سنة في أحد قول أبي يوسف رحمه الله والتصدق بالثلث تطوع محض ولا شك في أفضلية الواجب أو السنة على التطوع وأما في حق المعسر فلان فيها جمع بين التقرب بآخرة الدم والتصدق والآخرة قربة تقوت بفوات هذه الأيام ولا شك أن الجمع بين القربتين أفضل وهذا الدليل يشمل الغني والفقير وتشبهه بالصلاة والطواف ظاهر فان الطواف في حق الآفاق فواته أفضل من صلاة التطوع التي لا تقوت بخلاف المكى فان الصلاة في حقه أفضل (ولم يضح حتى مضت أيام النحر ان كان أوجب على نفسه) بأن عين شاه فقال الله على أن أضحي بهذه الشاة سواء كان الموجب فقيراً أو غنياً (أو كان) المضحي (فقيراً وقد اشترى شاة بنية الاضحية تصدق بها حية وان كان) من لم يضح (غنياً)

قال (وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) وقال الشافعي ثلاثة أيام بعده لقوله عليه السلام أيام التشريق كلها أيام ذبح ولنا ما روى عن عمرو بن دينار عن ابن عباس رضي الله عنهما أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وقتها قالوا سمعنا أبا أيوب لا يمتد إلى المقادير وفي الاخبار تعارض فأخذنا بالمتيقن وهو الأقل وأفضلها أولها كما قالوا ولان فيه مسارعة إلى أداء القرية وهو الأصل للمعارض ويجوز الذبح في لياليها لأنه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وأيام النحر ثلاثة وأيام التشريق ثلاثة والكل يضي بأربعة أولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها أفضل من التصديق بمن الاضحية لانها تقع واجبة أو سنة والتصدق تطوع محض ففضل عليه ولانها تقوت بفوات وقتها والصداقة يؤتي بها في الاوقات كلها فترت منزل الطواف والصلاة في حق الآفاق (ولم يضح حتى مضت أيام النحر ان كان أوجب على نفسه أو كان فقيراً وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنياً تصدق بقيمة شاة اشترى أولم يشتر) لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشرا بنية التضحية عندها

من وجهه فوق الشك وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب انتهى أقول هنا بحث وهو أن ما ذكره في الكتاب من وجه الاستحسان لا يدفع وجه القياس الذي ذكره لان كون صلاة أهل المسجد صلاة معتبرة لا ينافي كون صلاة أهل الجبانة أيضاً صلاة معتبرة كيف وقول المصنف وكذا على هذا عكسه صريح في أن صلاة أهل الجبانة أيضاً صلاة معتبرة واللام بجزء العكس فاذا كانت كانتا الصلاتين معتبرة وقع الشك في جواز التضحية بعد إحدى الصلاتين قبل الأخرى واقتضى الأخذ بالاحتياط في العبادات عدم جوازها فلم يتم وجه الاستحسان الذي ذكره في الكتاب في مقابلة وجه القياس الذي ذكره فكيف يتلوه القياس كما هو مقتضى جواب مسألة الكتاب (قوله وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) أقول لقائل أن يقول ان قوله ويومان بعده يشعر بأنهم ليسوا من أيام النحر لان معناه ويومان بعد يوم النحر والظاهر أن ما كان بعد يوم النحر ليس بيوم النحر وقد قال فيما بعد أيام النحر ثلاثة والجواب أن المراد بقوله يوم النحر هو يوم النحر المحض واليومان اللذان بعده ليسا بنحر محض وانما هما نحر وتشريق كما سيأتي في الكتاب والتحقيق أن يوم النحر بالافراد صار بمنزلة العلم لليوم الأول من أيام النحر وهو يوم العيد وأما أيام النحر بالجمع فيتناول يوم العيد واليومين اللذين بعده على السوية فلا تدافع بين الكلامين في المقامين تبصر ترشد (قوله ولم يضح حتى مضت أيام النحر ان كان أوجب على نفسه أو كان فقيراً وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية) قال في معراج الدراية قيد الإيجاب على نفسه غير مفيد لانه لو كان واجبا بدون الإيجاب على نفسه فالحكم كذلك انتهى أقول ليس ذلك بسديد لان الحكم هنا

(١٠ - تكمله ثامن)

ولم يوجب على نفسه شاة بعينها (تصدق بقيمة شاة اشترى أولم يشتر لانها واجبة على الغني) عينها أول بعينها (وعلى الفقير بالشرا بنية التضحية عندها)

(قوله ولا شك أن الجمع بين القريتين) أقول لا يوافق المشروح اذ لا تعرض فيه للجمع بين القريتين فانه يصلح دليلاً مستقلاً من غير اعتبار فواته بفوات الأيام ثم لا يستقيم تشبيهه بالطواف كما لا يخفى (قوله وجب التصديق بالعين) أقول لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم ومراد المصنف التصديق بقيمة الغني الغير الموجب كما لا يخفى

فإذا فات وقت التقرب بالارافة) والحق (٧٤) مستحق (وجوب التصديق) بالعين أو القيمة (أخراجه عن العهدة كالجمعة تقضى بعد

قواتها ظهر أو الصوم بعد
العجز فدية) والجامع بينهما
من حيث أن قضاء ما وجب
عليه في الأداء يجنس
خلاف جنس الأداء
قال (ولا يضحى بالعمياء
والعوراء) هذا بيان
ملا يجوز التضحية به
والاصل فيه أن العيب
الفاحش مانع والبسر غير
مانع لأن الحيوان قلبا ينحو
عن بسير العيب والبسر
ملا أثر له في لجها والعوراء أثر
في ذلك لأنه لا يبصر بعين
واحدة من العلف ما يبصر
بعينين وقلة العلف تورث
الهزال والحديث المذكور
دال على ذلك والعرجاء البين
عرجها هي ما لا يمكن المشي
برجلها العرجاء وانما تمشي
بثلاث قوائم حتى لو كانت
تضع الرابعة على الأرض
وتستعين بها جاز والعجفاء
التي لا تنقي هي التي ليس
لها نقي أي مخ من شدة العجز
وبقية كلامه واضح

(قوله والحديث المذكور
دال على ذلك) أقول أشار
بذلك إلى قوله والاصل
فيه أن العيب الفاحش
مانع الخ (قال المصنف وان
قطع من الذنب أو الأذن
أو العين) أقول اطلاق
القطع بالعين لعله بطريق
التغليب (قال المصنف
فاعتبر كثيرا) أقول الذي
يعطى له حكم الكل هو
الاكثر لا الكثير فلا يتم التقريب

فإذا فات الوقت وجب عليه التصديق أخراجه عن العهدة كالجمعة تقضى بعد قواتها ظهر أو الصوم بعد
العجز فدية قال (ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي إلى المنسك ولا العجفاء) لقوله عليه
السلام لا تجزئ في الضحايا أربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمرضى البين
مرضها والعجفاء التي لا تنقي قال (ولا تجزئ مقطوعة الأذن والذنب) أما الأذن فلقوله عليه
السلام استشر فوا العين والأذن أي اطلبوا سلامتهما وأما الذنب فلأنه عضو كامل مقصود
فصار كالأذن قال (ولا التي ذهب أكلها أو ذنبها وان بقي أكلها الأذن والذنب جاز) لأن
للاكثر حكم الكل بقاؤه ذهابا ولأن العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفووا واختلفت الرواية عن
أبي حنيفة في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب أو الأذن أو العين أو الألية الثلث
أو أقل أجزاء وان كان أكثر لم يجز لأن الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد
لا تنفذ إلا برضاهم فاعتبر كثيرا وروى عنه الربيع لأنه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلاة وروى
الثلث أقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال أبو يوسف ومحمد إذا بقي الاكثر
من النصف أجزاء اعتبار للحقيقة على ما تقدم في الصلاة وهو اختيار الفقيه أبي الليث وقال أبو يوسف
هو التصديق بها حية وليس الحكم كذلك فيما لو كان واجبا بدون الإيجاب على نفسه فإن الحكم هو
التصدق بقيمة الا التصديق بعينها حية كما أفصح عنه المصنف بقوله وان كان غنما تصديق بقيمة شاة اشترى
أولم يشتر (قوله فإذا فات الوقت وجب عليه التصديق أخراجه عن العهدة كالجمعة تقضى بعد قواتها ظهر أو
الصوم بعد العجز فدية) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فإذا فات وقت التقرب بالارافة والحق
مستحق وجب التصديق بالعين أو القيمة أخراجه عن العهدة كالجمعة تقضى بعد قواتها ظهر أو الصوم بعد
العجز فدية والجامع بينهما من حيث أن قضاء ما وجب عليه في الأداء يجنس خلاف جنس الاداء انتهى
ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله وجب التصديق بالعين لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم ومراد
المصنف التصديق بالقيمة للغير الموجب كما لا يخفى انتهى أقول ذال ساقط إذ لا نسلم أنه لا يلائم الاعتبار
بالجمعة والصوم لأن الاعتبار بهما من حيث أن القضاء بغير المثل كما نبه عليه صاحب العناية بقوله
والجامع بينهما من حيث أن قضاء ما وجب عليه في الأداء يجنس خلاف جنس الاداء ولا يذهب على ذي
فطنة أن هذا المعنى متحقق في التصديق بالعين أيضا لأن الواجب عليه في الاداء ارافة الدم والتصدق ليس
من جنس الارافة سواء كان بالقيمة أو بالعين ثم ان كون مراد المصنف بالتصدق في قوله فإذا فات الوقت
وجب عليه التصديق هو التصديق بالقيمة للغير الموجب وحده كما زعمه ذلك البعض مما لا يناسب شأن
المصنف جدا إذ يلزم حينئذ أن يترك بيان وجه المسئلة فيما إذا كان أو جب على نفسه أو كان فقيرا وقد
اشترها بنية الاضحية فيكون ذلك تقصيرا منه في افادة حق المقام بلا ضرورة وحاشي له من ذلك فالحق أن
مراده بالتصدق المذكور ما يعم التصديق بالعين وبالقيمة كما أشار إليه صاحب العناية بقوله وجب التصديق
بالعين أو القيمة (قوله ولا يضحى بالعمياء والعوراء الخ) قال صاحب النهاية لما ذكر ما يجوز به الاضحية
شرع في بيان ما لا يجوز به الاضحية انتهى أقول هذا ليس بسديد إذ لا يذهب عليك أنه لم يذكر فيما قبل
ما يجوز به الاضحية وانما يذكره فيما بعد بقوله ويجوز أن يضحى بالجماء والخصى والثولاء إلى آخره
والذي ذكره فيما قبل انما هو وصفه الاضحية من الوجوب أو السنة وشرايطها من الحرية والاسلام ونحوهما
ومن وجبت عليه الاضحية وعدده من يذبح عنه كل من الشاة والبقرة والبغلة وأول وقت الاضحية
وعدد أيامها وما يتعلق بكل واحد من هاتيك الأمور من الفروع والاحكام كما حققه من قبل ولعل
صاحب العناية تداركه حيث قال في شرح هذا المقام هذا بيان ما لا يجوز التضحية به ولم يتعرض لذكر
ما يجوز التضحية به (قوله واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الاكثر الخ) أقول تطبق هذه

قوله (وقيل معناه قولي قريب من قولك) أي قولي الأول وهو أن لا أكثر من الثلث مانع لا مادونه أقرب إلى قولك الذي هو أن لا أكثر من النصف إذا بقي أجزاء بالنسبة إلى قول من يقول أن الربع أو الثلث مانع وفي كون النصف مانعا عن أبي يوسف ومحمد رحمه الله روايتان وقد تقدم وجه ذلك في الكشف العضوي أول الكتاب وقوله (لأن القرن لا يتعلق به مقصود) ألا ترى أن التضحية بالابل جائزة ولا قرن له والكبش المالح ما فيه ملح وهي بياض يشوبه شعيرات سود والوج نوع من الخصاء وهو أن ترض العروق من غير إخراج الحصين وقوله (فتعينت) يعني هذه الشاة المشتراة للتضحية وقوله (٧٥) (كافي نصاب الزكاة) فانه إذا نقص بعد ما وجبت الزكاة

فيه يسقط بقدره ولا يضمه رب المال لأن النقصان لم يكن بفعله والجامع بينهما أن محل الوجوب فيهما جميعا المال لا الذمة فإذا هلك المال سقط الوجوب (وعن هذا الأصل) يعني كون الوجوب على الغني بالشرع لا بالشراء وعلى الفقير بالعكس وقوله (وعلى الفقير ذبحهما) لأن الوجوب عليه بالشراء وقد تعدد وهذا الذي ذكره من الأصل يوافق ما ذكره شيخ الإسلام رحمه الله أن المشتري إذا كان موسرا لا تصير واجبة بالشراء بنية التضحية باتفاق الروايات وإن كان معسرا ففي ظاهر الرواية عن أصحابنا رحمه الله يجب وروى الزعفراني عن أصحابنا أنها لا تجب وهو رواية النواذر وقوله (فأنكسرت رجلها) من باب ذكر الخاص وإرادة العام فانه إذا أصابها مانع غير الانكسار بالاضطرار حالة الانضمام للذبح كان

أخبرت بقولي بأحنيقة فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه إلى قول أبي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كافي انكشاف العضوي عن أبي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد أن لا تغتلف الشاة يوما أو يومين ثم يقرب العلف إليها قليلا قليلا فإذا رأت من موضع أعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب إليها العلف قليلا قليلا حتى إذا رأت من مكان أعلم عليه ثم ينظر إلى تفاوت ما بينهما فإن كان ثلثا فالذهب الثلث وإن كان نصفًا فالنصف قال (ويجوز أن يضحي بالجماء) وهي التي لا قرن لها لأن القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا (والخصي) لأن الجماء أطيب وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يضحي بكبشين أمحبن موجهين (والنولاء) وهي الجنونة وقيل هذا إذا كانت تغتلف لانه لا يخل بالمقصود أما إذا كانت لا تغتلف فلا تجزئه والجرباء أن كانت سمينة حازلان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وإن كانت مهزولة لا يجوز لأن الجرب في اللحم فانه نقص وأما الهتاء وهي التي لا أسنان لها فعن أبي يوسف أنه يعتبر في الأسنان الكثرة والقلة وعنه أن بقي ما يمكنه الاعتلاف به أجزاء لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا آذن لها خلقة لا تجوز لأن مقطوع أكثر الآذن إذا كان لا يجوز فقديم الآذن أولى (وهذا) الذي ذكرنا (إذا كانت هذه العيوب فائتة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعينت بعيب مانع أن كان غنيا عليه غيرها وإن فقيرا تجزئه هذه) لأن الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تعين به وعلى الفقير بشرائه بنية التضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كافي نصاب الزكاة وعن هذا الأصل قالوا إذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها أخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت أو سرق فاشترى أخرى ثم ظهرت الأولى في أيام النحر على الموسر ذبح أحدهما وعلى الفقير ذبحهما (ولو أضجعهما فاضطربت فأنكسرت رجلها فذبحها أجزاء مستحسنا) عندنا خلافا لرفو الشافعي رحمه الله لأن حالة الذبح ومقدمانه ملحقة بالذبح فكانت حصل به اعتبارا وحكما (وكذا لو تعينت في هذه الحالة فأنقلبت ثم أخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لأبي يوسف) لانه حصل بمقدمات الذبح

الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله على عبارة مسألة الكتاب مشكل لأن عبارتها أكثر أذنها واذننها بصيغة التفضيل والاضافة إلى الآذن والذنب وهي تقتضي أن يكون الجزء الباقي منهما أقل وهذا غير متحقق في شيء من هذه الروايات عنه أما في رواية الربع ورواية الثلث فظاهر أن الشاة لا أكثر من ثلثين ثلثة أرباع ولا الثلث بأكثر من الثلثين وأما في رواية لا أكثر من الثلث فلا لأن الأكثر من الثلث إذا لم يجاوز النصف لم يصراً أكثر الكل وفي رواية لا أكثر من الثلث عنه لم يشترط مجاوز النصف ولا الوصول إلى النصف بل اعتبار الزيادة على الثلث في الجملة فلم يلزم في عدم الأجزاء على هذه الرواية أيضاً ذهب أكثر الآذن والذنب فكيف يربط قوله واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الأجزاء من مسألة الكتاب فان قلت ليس المراد بالاكثري عبارة مسألة

الحكم كذلك وانما قيد الأجزاء بالاستحسان لأن وجه القياس بخلافه لأن تأدي الواجب بالتضحية لا بالاضجاع وهي معيبة عندها فصار كالأكثر كانت كذلك وقوله (لانه حصل بمقدمات الذبح) دليل محمد ودليل أبي يوسف رحمه الله أن الفور لما انقطع خرج الفعل الذي تعينت به من أن يكون سببا من أسباب هذا الذبح الذي وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر

(قوله من باب ذكر الخاص وإرادة العام فانه الخ) أقول فيه أنه لا دلالة فيما ذكره على ما ادعاه لانه يعلم حكم سائر العيوب المانعة بطريق المقايسة

قال (والاضحية من الابل والبقر الخ) كلامه واضح وقيد بقوله في مذهب الفقهاء لان عند أهل اللغة الجذع من الشاة ما نمت له سنة كذا في النهاية وقوله لانها هي الاصل في التبعية لانه جزؤها وله ذابنها في الرق والحريه وهـ ذالان المنفصل من الفصل هو الماموا غير محل (٧٦) لهذا الحكم والمنفصل من الام هو الحيوان وهو محل

قال (والاضحية من الابل والبقر والغنم) لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم قال (ويجزئ من ذلك كله التي فصاعدا الا الضأن فان الجذع منه يجزئ) لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن وقال عليه السلام نمت الاضحية الجذع من الضأن قالوا وهـ اذا كانت عظمة بحيث لو خاط بالثنيان يشبهه على الناظر من بعيد والجذع من الضأن ما نمت له سنة أشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني أنه ابن سبعة أشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الحاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزل الذئب على الشاة يضحي بالولد قال (واذا اشترى سبعة بقرة ليضحيوا بها فمات أحدهم قبل النحر وقالت الورثة ادبحوها عنه وعنكم أجراهم وان كان شريلك السنة نصرانيا أو رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم) ووجهه أن البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه أن يكون قصدا لكل القربة وان اختلفت جهاتها كالأضحية والقران والمتمعة عندنا لا اتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت فربما لا ترى أن النبي عليه السلام ضحي عن أمته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراي ليس من أهلها وكذا قصد اللحم يتألفها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تجزأ في حق القربة لم يقع الكل أيضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسنه والقياس أن لا يجوز وهو رواية عن أبي يوسف لانه تبرع بالانلاف فلا يجوز عن غيره كالاقتناع عن الميت الحكا تقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتناق لان فيه الزام الولاية على الميت (فلو ذبحوها عن صغير في الورثة أو أم ولد جاز) لما بينا أنه قربة (ولو مات واحد منهم فذبحها الباقيون بغير إذن الورثة لا تجزئهم) لانهم لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجدنا الاذن من الورثة فكان قربة قال (وبأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر) لقوله عليه السلام كنت نهيتمكم عن أكل لحوم الاضحية فكلوا منها وادخروا ومتى جازأ كله وهو غني جازأ بؤكه غنيا قال (ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث) لان الجهات ثلاثة الاكل والادخار

الكتاب معنى التفضيل بل هو بمعنى الكثير كما مرشد اليه قول المصنف في بيان وجه رواية الاكثر من الثلث ووجها زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا وقوله في بيان وجه رواية الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير ثم ليس المراد بالكثير أيضا الكثير بالاضافة الى الجزء الباقي والايهود المحذور بل المراد به الكثير في نفسه والاضافة الى الاذن والذنب لجورد بيان محمل الكثرة حينئذ يمكن تطبيق كل من الروايات المذكورة على عبارة مسألة الكتاب قلت شرط استعمال صبغة التفضيل مجردة عن معنى التفضيل أن تكون عارية عن اللام والاضافة ومن كما تقر في موضعه وفي عبارة مسألة الكتاب وقعت مضافة فلا يصح تجريدها عن معنى التفضيل على قاعدة العربية ولئن أغضنا عن ذلك لا يصح تعليل المصنف تلك المسألة بقوله لان لاكثر حكم الكل بقاء وذهابا على تقدير أن يحمل الاكثر على الكثير المطلق اذ لو كان الكثير مطلقا حكم الكل بقاء وذهابا بالزم أن يعتبر الاذن والذنب باقيا وذهابا في حالة واحدة فيما اذا كان كل واحد من الباقي والذاهب منهما كثيرا في نفسه كما اذا ذهب ربهما أو ثلثهما أو أكثر من ثلثهما في الجملة على ما وقع في الروايات المذكورة فيلزم جمع الحكمين المتضادين تأمل توقف (قوله ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات

فاعتبر بها قوله (لكن من شرطه أن يكون قصدا لكل القربة) لان النص ورد على خلاف القياس في ذلك فان قيل النص ورد في الاضحية فكيف يجوز مع اختلاف جهات القرب كالأضحية والقران والمتمعة قلنا اعتمد على ذلك زفرو لم يجوز عند اختلافها لكانت تقول اذا كانت الجهات قربا اتحد معناها من حيث كونها قربة بخلاف الاضحية بخلاف ما اذا كان بعضها غير قربة فانه ليس في معناها واذا بطل في ذلك بطل في الباقي لعدم التجزئ وقوله (لما بينا أنه قربة) يشير الى وجه الاستحسان وفي القياس لا يجوز لان الارقة لا تجزأ وبعض الارقة وقع نفلا أو لمافصار الكل كذلك ولم يعكس لان الواجب قد ينقلب تطوعا بخلاف العكس والارقة قد نصير للحجم مع نية القربة اذا لم تصادف محلها أو كانت في غير وقت الاضحية والارقة للحجم لا نصير قربة بحال قال (وبأكل من لحم الاضحية الخ)

الاضحية اما أن تكون مندورة أو لا فان كان الثاني فالحكم ما ذكره في الكتاب وان

كان الاول فليس لصاحبها أن يأكل من لحمها ولا أن يطعم الاغنياء لان سبيلها التصديق وليس للتصدق أن يأكل من صدقته ولو أكل فعليه قيمة ما أكل

لمساوينا والاطعام لقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها أثلاثا قال (ويتصدق بجلدها) لانه جزء منها (أو يعمل منه آلة تستعمل في البيت) كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم (ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه) استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان البديل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التناول واللحم منزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد أو اللحم بالدراهم أو بما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه تصدق بمنه لان القرية انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد أضحية فلا أضحية له يفيد كراهة البيع أما البيع جائز اقيام الملك والقدرة على التسليم قال (ولا يعطى أجره الجزار من الاضحية) لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلدها وخطامها ولا تعط أجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهى عن البيع أيضا لانه في معنى البيع قال (ويكره أن يجز صوف أضحية وينتفع به قبل أن يذبحها) لانه التزم إقامة القرية بجميع أجرائها بخلاف ما بعد الذبح لانه أقيمت القرية بها كافي الهدى ويكره أن يجلب لبنها فينتفع به كافي الصوف قال (والأفضل أن يذبح أضحية بيده إن كان يحسن الذبح) وإن كان لا يحسنه فالأفضل أن يستعين بغيره وإذا استعان بغيره ينبغي أن يشهدا بنفسه لقوله عليه السلام إفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي أضحية بك فانه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب قال (ويكره أن يذبحها الكاهن) لانه عمل هو قرية وهو ليس من أهلها ولو أمره فذبح جاز لانه من أهل الذكاة والقرية أقيمت بانابته ونينه بخلاف ما إذا أمر المجوسي لانه ليس من أهل الذكاة فكان افسادا قال (وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر أجزأ عنهما ولا ضمان عليهما) وهذا استحسان وأصل هذا أن من ذبح أضحية غيره بغير إذنه لا يحمل له ذلك وهو ضامن لقيمته ولا يجزئه عن الاضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فيضمن كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان أنه ما تعينت للذبح لتعينها للاضحية

ثلاثة الاكل والادخار لمساوينا والاطعام لقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها أثلاثا أقول لقائل أن يقول الامر المطلق للوجوب عند أكثر العلماء كما تقر في علم الأصول فالظاهر من قوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر وجوب الاطعام والمدعى استحبابه فليتنامل في الجواب (قوله ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان البديل حكم المبدل) أقول لقائل أن يقول انه تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من باع جلد أضحية فلا أضحية له فانه يتناول باطلاقيه بيع الجلد بما ينتفع بعينه مع بقائه أيضا والتعليل في مقابلة النص غير مقبول على ما تقر في أصول الفقه فليتنامل في الدفع (قوله ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التناول) أقول فيه بحث أما أولا فلا اعتبار ذلك بالبيع بالدراهم غير واضح فان الدراهم مما لا ينتفع بعينها أصلا أي لا مع بقائها ولا بعد استهلاكها وانما هي وسيلة محضة فالمقصود منها التناول لا غير بخلاف مثل الخل والابازير فانه مما ينتفع به وان كان ذلك بعد استهلاكه فجاز أن يكون المقصود منه الانتفاع دون التناول والانتفاع بنفس جلد الاضحية غير محرم فكذا يبدله وأما ثانيا فلا نعدم جواز بيع جلد الاضحية بالدراهم انما ثبت بخلاف القياس على ما نص عليه صاحب غاية البيان فانه بعد أن بين وجه الاستحسان في جواز بيعه بما ينتفع بعينه مع بقائه بانه جاز له الانتفاع بالجلد فجاز له الانتفاع بالبديل لان البديل له حكم المبدل قال فكان القياس أن يجوز بيع الجلد بالدراهم أيضا ألا ترون أن القياس بقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه ولا تعط أجر الجزار منها فإذا أعطى أجر الجزار منها بصير بائع اللحم والجلد بالدراهم وقد ثبت المنع عنه بخلاف القياس فلا يقاس

قوله (لمساوينا) يعني قوله عليه الصلاة والسلام فكلوا منها واذخروا والقانع هو السائل من القنوع لامن القناعة والمعتر هو الذي يتبعه رضى للسؤال ولا يسأل وقوله (كالخل) بالخاء المعجمة والمهولة (والابازير) التوابل جمع أبار بالفخ وقوله (في الصحيح) احترازا عما قيل انه ليس في اللحم الا الاكل والاطعام فلو باع بذي ينتفع به بعينه لا يجوز والصحيح ما قال شيخ الاسلام ان اللحم بمنزلة الجلد ان باعه بذي ينتفع به بعينه جاز وروى ابن سماعة عن محمد بن رجم الله انه لو اشترى باللحم ثوبا فلا بأس بلبسه وقوله (لان القرية انتقلت الى بدله) لان غلظ البديل من حيث التناول ساقط فلم يبق الاجهية القرية وسبيلها التصديق وقوله (لانه في معنى البيع) لان كل واحد عقد معاوضة وقوله (من دمها كل ذنب) تمام الحديث أما انه يجاء بدمها ولها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفا فقال أبو سعيد الخدري رضي الله عنه هذا لآل محمد خاصة أم لآل محمد والمسلمين عامة فقال عليه الصلاة والسلام لآل محمد خاصة والمسلمين عامة وقوله

حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر ويكره أن يبدلها غير هافصار المالك
مستعينا بكل من يكون أهـ لا لا ذبح آذناه دلالة لانها تفوت بضئ هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها
بعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قبل يفوته أمر مستحب وهو أن يذبحها بنفسه
أو يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له به مستحبان آخران صبر ورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا
به في رضيه واعلمنا اننا رجعهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي أن من طبخ لحم غيره أو طحن
حنطة أو رفع جرتة فانكسرت أو جل على دابته فعطبت كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامنا ولو وضع
المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والخطب تحته أو جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه أو
رفع الجرة وأمالها الى نفسه أو جل على دابته فسقط في الطريق فأوقده والذاريه وطبخه أو ساق الدابة
فطحنها أو أعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما أو جل على دابته ماسقط فعطبت لا يكون ضامنا
في هذه الصور كلها استحسانا لو جرد الاذن دلالة اذا ثبت هذا فنقول في مسألة الكتاب ذبح كل واحد
منهما أضحية غيره بغير أن يصر يحافه في خلافة زفر بعينها ويتأني فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا
في أخذ كل واحد منهما ما لو خذ من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فاذا كانا قدأ كلا ثم علما
فلتحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزئهما لانه لو أطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذلك أن يحمله
في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما ما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يصدق بتلك القيمة لانه يدل عن
اللحم فصار كالمو باع أضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن أنف لحم
أضحية غيره ~~كان الحكم~~ ماذ كرهناه (ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجرز عن أضحيته)

عليه غيره انتهى واذا كان كذلك فكيف يتم قياس عدم جواز بيع الجلد بمثل الخيل والابازير على
عدم جواز بيعه بالدراهم كما يقتضيه قول المصنف اعتبارا بالبيع بالدراهم وقد تقرر في أصول الفقه
أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معدولا عن القياس فالأظهر أن يترك القياس على البيع
بالدراهم في تعليل هذه المسئلة ويقال في تعليلها لانه لا يصلح أن يكون بدلا عن عين الجلد قائما مقامه
لعدم الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد فلم يكن حكمه حكم عين الجلد بخلاف ما ينتفع بعينه مع بقاءه
كما مر وقد أشار اليه صاحب البدائع حيث قال وله أن يبيع هذه الاشياء بما يمكن الانتفاع به مع بقاء
عينه من متاع البيت كالجراب والمخل لان البديل الذي يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام البديل
في مكان المبدل قائما معني وكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدراهم أو الدنانير لان
ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد قائما معني انتهى (قوله
فصار كالمو باع أضحيته) قال جماعة من الشراح في بيان معنى هذا الكلام يعني أنه لو باع أضحيته
واشترى بثمنها غير هافـ لو كان غيرها أنقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت أيام
النحر تصدق بثمنها كما انتهى أقول قد نكلموا في بيان مراد المصنف بقوله المذكور جدا حيث جعلوه
اصورين فزادوا في الصورة الاولى اشترى غيرها بثمنها واعتبروا التصديق في تلك الصورة في بعض الثمن
دون كله وزادوا في الصورة الثانية مضى أيام النحر وليس في كلام المصنف هذا ما يدل على شيء من ذلك
وليس في المقام ما يقتضي شيئا منها كالا يخفى مع أن الامر في معنى هذا الكلام على طرف التمام بحمله على
حذف مضاف أي كالمو باع لحم أضحيته فيكون المراد به الإشارة الى ما مر في الكتاب من قوله ولو باع الجلد
واللحم بالدراهم أو بما لا ينتفع به الا باستملاكه تصدق بثمنه تدبر (قوله ومن أنف لحم أضحية غيره كان
الحكم ماذ كرهناه) قال في العناية وقوله ومن أنف لحم أضحية غيره متصل بقوله وان تشاحا يعني ان
تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه ومن أنف لحم أضحية صاحبه كان
الحكم فيه ماذ كرهناه وهو قوله فلكل واحد منهما ما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه انتهى أقول ليس هذا

(حتى وجب عليه أن يضحي
بها بعينها في أيام النحر)
أي فيما اذا كان المضحي
فقيرا (ويكره أن يبدلها
غيرها) أي فيما اذا كان
غنيا قال صاحب النهاية
هكذا وجدت بخط شيخني
رحمه الله وقوله (فصار
كالمو باع أضحيته) يعني أنه
لو باع أضحيته واشترى
بقيمتها غيرها فلو كان غيرها
أنقص من الاولى تصدق
بما فضل على الثانية
ولو لم يشتر حتى مضت أيام
النحر تصدق بثمنها كما وقوله
(ومن أنف لحم أضحية
غيره) متصل بقوله وان
تشاحا يعني ان تشاحا عن
التحليل كان كل واحد
منهما متلفا لحم أضحية
صاحبه ومن أنف لحم
أضحية صاحبه كان الحكم
فيه ماذ كرهناه وهو قوله
فلكل واحد منهما ما أن
يضمن صاحبه قيمة لحمه

وقوله (لانه ملكها سابق الغصب) يعني فكانت التضحية واردة على ملكه وهذا يكفي في التضحية لا يقال الاستناد يظهر في القائم والتضحية بالاراقة والاراقة قد فانت لانها عبارة عن فعل المضحي لانا نقول الاراقة ليست من المملوك لانها ليست صفة للشاة ليصح أن يقال يظهر الاستناد فيها ولا يظهر فان الملك ثبت في الشاة المذبوحة ويستند الى وقت الغصب فتكون الاراقة والتضحية واقعة على ملكه والله سبحانه وتعالى أعلم

(٧٩)

كتاب الكراهية

أورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهية

(قوله لانا نقول الاراقة ليست من المملوك) أقول يعني ليست من المملوك لاحد (قال المصنف بخلاف ما لو أودع شاة فضحي بها لانه يضمنه بالذبح فلا يثبت الملاك له الا بعد الذبح) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوفاة أقول بل يصير غاصبا بمقدمات الذبح كالاضجاع وشهد الرجل فيكون غاصبا قبل الذبح انتهى وأجاب عنه صاحب الدرر بان حقيقة الغصب كما تقر في موضعه ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة وغاية ما يوجد في الاضجاع وشهد الرجل اثبات اليد المبطلة ولا يحصل به ازالة اليد المحقة وانما يحصل ذلك بالذبح كما ذهب اليه الجمهور انتهى وان شئت فراجع في كتاب الغصب ونحن نقول الاولى في الجواب أن يقال قد سبق أن مقدمات

لانه ملكها سابق الغصب بخلاف ما لو أودع شاة فضحي بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله أعلم

(كتاب الكراهية)

التوجيه بوجه فان قول المصنف فان تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لجه مسألة تامة لا بد لها من دليل مغاير لها وفي التوجيه المذكور قد أخذ مقدم المسئلة وهو قوله وان تشاحا وضم اليه نال مغاير لتالي المسئلة غير مذكور في الكتاب أصلا فصارت تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لم أضحية صاحبه وجعل ذلك صغرى الدليل وجعل كبراه قول المصنف بعد المقدمات الكثيرة ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذ كراهه ولا يخفى ما فيه والحق عندي أن قول المصنف ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذ كراهه متصل بما قبله وهو قوله وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فاقبله بمنزلة الصغرى وهذا بمنزلة الكبرى ومجموعهما دليل تام على أصل المسئلة وهو قوله وان تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لجه فعني الدليل أن تضحية كل واحد منهما لما وقعت من صاحبه كان اللحم الذي أتلفه بالا كل لصاحبه لان نفسه ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذ كراهه من تضمين صاحبه اياه قيمة لجه وليت شعري أن صاحب التوجيه الاول ماذ يصنع في حق قول المصنف وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فهل يجعله وحده دليلا آخر على أصل المسئلة أم يجعله متصلا بشئ آخر غير أصل المسئلة فانظر وتبصر هل يتيسر شئ من ذلك

(كتاب الكراهية)

أورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة منهما لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهية الا يرى أن التضحية في ليالي أيام الحرم مكرهة وكذا التصرف في الاضحية بجزء صوفها وحلب لبنها وابدال غيرها مكاتما وكذلك ذبح الكبابي وغير ذلك كما أن الامر في كتاب الكراهية كذلك كذا في الشروح ثم ان عبارات الكتب قد اختلفت في ترجمة هذا الكتاب فقد سماه محمد في الجامع الصغير باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوي في مختصره وتبعهما المصنف وسماه محمد في الاصل بالاستحسان وعليه كتب كثير من مشايخنا كالكاظمي في التمهيد والمبسوط والمجسط والخيرة والمغني وغيرها وسماه الكرخي في مختصره بالخطر والاباحة وتبعه الفدوى في مختصره والامام قاضيان في فتاواه وكذا وقع في التحفة والتممة والايضاح ولكل وجهة هو موليا أما وجه التسمية بالكراهية فلان بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه وأما وجه التسمية بالاستحسان فلان فيه ما حسنه الشرع وما قبحه ولفظ الاستحسان أحسن فلقب به أولان أكثر مسائله استحسان لا مجال للقياس فيها وأما وجه التسمية بالخطر والاباحة فلان الخطر المنع والاباحة الاطلاق وفيه ما منع عنه الشرع وما أباحه كذا ذكر وجه كل منهما في الاختيار شرح المختار وفي شرح الكثر لا امام الزيلعي ثم ان الكراهية

الذبح في حكم الذبح فلا يعطى له حكم آخر فليتأمل وأجاب الناضل المحشي يعقوب باشا عن اشكال صدر الشريعة أيضا بان يقال ان الغصب وان وجد بمات الذبح لكن لا يتقرر قبل الذبح لان الاضجاع وشهد الرجل قد يكونان لا للذبح لان الحفظ يجب على المودع فلا يتعين الغصب الا بالذبح بخلاف الغصب ابتداء فان الغصب هنا يتعين قبل الذبح كذا قيل ولا يخفى ما فيه فليتأمل انتهى كلام يعقوب باشا

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروى عن محمد نص أن كل مكروه حرام إلا أنه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إلى الحرام أقرب وهو يشمل على فصول منها

(فصل في الأكل والشرب قال أبو حنيفة رحمه الله يكره لحوم الاتن وألبانها وأبوال الأبل وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بأبوال الأبل)

في اللغة مصدر كره الشيء كرها وكراهة وكراهية قال في الميزان هي ضد المحبة والرضا قال الله تعالى وعسى أن تكرهوا شيئا وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئا وهو شر لكم فالمكروه خلاف المندوب والمحبوب الغنة والكراهة ليست بضد للإرادة عندنا فإن الله تعالى كره الكفر والمعاصي أي ليس براض بهما ولا يحب لهما وإن كان الكفر والمعاصي بإرادة الله تعالى ومشيئته وعند المعتزلة هي ضد الإرادة أيضا على ما عرف في أصول الكلام وأما معنى الكراهية في الشريعة فاهو مذكور في الكتاب (قوله قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه) يعني اختلف أصحاب الشرع في معنى المكروه فروى عن محمد أنه نص على أن كل مكروه حرام إلا أنه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام فكان نسبة المكروه إلى الحرام عنده كنسبة الواجب إلى الفرض في أن الأول ثابت بدليل قطعي والثاني ثابت بدليل ظني وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إلى الحرام أقرب ثم إن هذا أحد المكروه كراهة تحريم وأما كراهة المكروه كراهة تنزيه فإلى الحل أقرب هذا خلاصة ما ذكره في الكتب وابعض المتأخرين هنا كلمات طويلة الذيل لا حاصل لها تركتنا لنعرض لها بما في تضاعيفها من الاختلال كراهة الأطناب (قوله قال أبو حنيفة يكره لحوم الاتن وألبانها وأبوال الأبل وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا بأس بأبوال الأبل) قال جماعة من الشراح خص الاتن مع كراهة لحم سائر الحمر ليستقيم عطف الألبان عليه إذ اللبن لا يكون إلا من الاتن انتهى يعنون أنه لو قال نكروه لحوم الحمر وألبانها الرجوع الضمير في ألبانها إلى الحمر المذكور فيها قبل وذلك بم الذكور والاتن فلا يستقيم عطف الألبان مضافة إلى الضمير الرجوع إلى مطلق الحمر على ما قبلها لأن الألبان لا تتصور في ذكور الحمر وإنما تحقق في أنثائها التي هي الاتن نعم يمكن تصحيح ذلك أيضا بتقدير وتأويل لكن مرادهم عدم استقامة ذلك نظر إلى ظاهر التركيب فسقطت عن كلامهم مواخذه بعض المتأخرين وقال ذلك البعض وإنما خص كراهة لحم الاتن بالذكور ولم يذكر كراهة لحم غيرها مما سبق في كتاب الذبائح لأنه لما عنون الفصل بأنه في الأكل والشرب وقد ذكر في الذبائح جميع ما لا يؤكل لحمه ولو أعاد كما يلزم التكرار فذكر بعضا منها تذكيرا للبواقي انتهى أقول ليس هذا مما يعتد به لأن حديث عنوان الفصل بأنه في الأكل والشرب لا يفيد شيئا فيما نحن فيه أصلا فإن ما يتعلق بالأكل والشرب في هذا الفصل غير منحصر في هذه المسئلة بل كثير من المسائل الآتية المذكورة في هذا الفصل من مسائل الأكل والشرب أيضا فيصح عنوان الفصل بالأكل والشرب سواء لم تذكر هذه المسئلة فيه أصلا أو ذكر معها غيرها أيضا مما سبق في الذبائح وأما حديث ذكر بعض من المسائل السابقة في الذبائح تذكيرا للبواقي فغير تام أيضا لأن ذكر ما ذكر مرة وبين مسنوف في تذكير البواقي المذكورات ليس من دأب المصنفين ولا مما يهمل أصلا ثم أقول الأوجه أن يقال إنما خص الاتن بالذكور مع كراهة لحوم غيرها أيضا لأن جميع ما لا يؤكل لحمه قد ذكر في الذبائح مسنوف في كراهة لحوم الاتن إنما ذكرتها هنا توطئة لكراهة ألبانها التي لم تذكر فيما مر قط ولا مدخل لكراهة لحوم غيرها في التوطئة لذلك فلا جرم خص الاتن بالذكور دون غيرها ثم قال ذلك البعض وأما حكم أبوال الأبل فأعنا ذكره المصنف فيما سبق وذكره محمد في الجامع الصغير فليس فيه التكرار حتى يحتاج فيه إلى الاعتذار انتهى كلامه أقول ليس هذا بكلام صحيح لأن المصنف أبضا ذكره هنا في الهداية والبداية فلزمه التكرار قطعا وإنما يلزمه التكرار لو ذكره محمد في

الأبواب أن في وقت الاضحية من لبالي أيام النحر وفي التصرف في الاضحية يجز الصوف وحلب اللبن وفي إقامة غيره مقامه كيف تحققت الكراهة وفي كتاب الكراهية أيضا كذلك

(فصل في الأكل والشرب) (قوله لا يرى أن في وقت الاضحية الخ) أقول الكراهية بالحقيقة هي في التضحية لا في الوقت ففيه تجوز (قوله وفي كتاب الكراهية أيضا كذلك) أقول فيه بحث لأن المراد يتحقق فيه الكراهية في أشياء كثيرة

وتأويل قول أبي يوسف أنه لا بأس به للتداوى وقد بيناه هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبايح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه قال (ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء) لقوله عليه السلام في الذي يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم وأنى أبو هريرة رضي الله عنه بشرب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم

الجامع الصغير ولم يذكر المصنف ههنا وأما كون ما أخذ ما ذكره المصنف ههنا ما ذكره محمد في الجامع الصغير فلا يجدي شيئا في دفع التكرار لان المصنف ليس في حيز الاجتهاد فكل ما ذكره ما أخذ من قول مجتهد فاذا ذكر مسألة مرتين لزم التكرار لا محالة (قوله وتأويل قول أبي يوسف لا بأس به للتداوى) انما احتاج المصنف الى هذا التأويل لان مذهب أبي يوسف أن يول ما يؤكل لحمه نجس لما مر في كتاب الطهارات فلزم أن يكون شربه حراما والمفهوم من قوله ههنا وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بأبوال ابل حل شربه عند أبي يوسف أيضا فأول المصنف قول أبي يوسف المذکور ههنا بنى البأس عن شربه للتداوى وشربه للتداوى ليس بحرام عنده وان كانت نجسا عسكنا بقصة العرينيين كما مر بيانه في كتاب الطهارات قال صاحب غاية البيان في هذا المقام وأما قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير لا بأس بذلك فنصرف الى لحم الفرس خاصة لان بول الابل نجس عند أبي يوسف أيضا لأنه أطلق شربه للتداوى وقد مر بيانه في كتاب الطهارات في فصل البئر انتهى أقول فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير هكذا محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال أكره شرب أبوال ابل وأكل لحوم الفرس وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله الى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير وقد اعترف به الشارح المذکور حيث ذكر لفظه هكذا بعينه ولا يذهب عليك أن عبارة كله في قوله وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله تمنع من أن يكون قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير منصرفا الى لحم الفرس خاصة بل يقتضي شموله لأبوال ابل أيضا (قوله وقد بيناه هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبايح فلا نعيدها) أقول في رواج هذه الجملة بحث فان ألبان الاتن من هذه الجملة ولم تبين فيما تقدم قط وكذا أبوال ابل من هذه الجملة ولم تبين في شيء من كتابي الصلاة والذبايح وانما بينت في كتاب الطهارات في فصل البئر في ضمن بيان بول ما يؤكل لحمه مطلقا وعن هذا قال صاحب الكافي وقد مررت هذه الجملة في كتاب الطهارة والذبايح ويمكن أن يتمحل في توجيه كل من هاتين الصورتين أما في توجيه الصورة الاولى منها ما فبان يحمل المراد بهذه الجملة في قوله قد بيناه هذه الجملة على ما عدا الألبان بقرينة بيان كراهة اللبن بعد قوله فلا نعيدها بقوله واللبن يتولد من اللحم فأخذ حكمه وأما في توجيه الصورة الثانية منها فبان الطهارات ما كانت من شروط الصلاة ومبادئها عبر المصنف عن كتاب الطهارات بكتاب الصلاة مسامحة قال بعض المتأخرين وانما قال في الصلاة مع أن البيان لم يكن فيها بل في كتاب الطهارة في فصل البئر إشارة الى أنه ينبغي أن يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول كتاب الصلاة كما وقع في فتاوى قاضيان وأن لا يترجم لها كتاب على حدة انتهى أقول ليس هذا بشيء لان ما له أن يكون مراد المصنف بتعبيره المذکور الإشارة الى تقييد نفسه فيما فعله في أول كتابه من ترجمة الطهارات بكتاب على حدة دون فصل من فصول كتاب الصلاة وهل يليق بالعاقل أن يقصد الإشارة الى مثل ذلك على أن الشراح ذكروا طائفة في أول الكتاب وجهها وجهها لا يراد الطهارة في كتاب مستقل فكون الذي ينبغي أن يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول الصلاة ممنوع وعن هذا ترى أكثر نقات السلف والخلف ذكروا مسائل الطهارة في كتاب على حدة وقال ذلك البعض ثم ان المصنف بين فيما تقدم أن شرب أبوال ابل حرام عند أبي حنيفة رحمه الله مطلقا وحلال عند محمد رحمه الله مطلقا والتداوى فقط عند أبي يوسف وذكر أدلتهم ههنا لكن بنى دليل محمد على طهارته مع أن استلزام طهارته حل شربه غير ظاهر وأن

قوله (واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه) يرد عليه ابن الخليل على قول أبي حنيفة في رواية هذا الكتاب حيث جعل لبنة حلالا لا بما لا بأس به وأكل لحمه محرما مع أن ابن الخليل متولد من لحمه فلا بد من زيادة قيد وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب من كل واحد منهما الماء أن المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك في اللبن فكان شربه مما لا بأس به وقوله صلى الله عليه وسلم انما يجرجر في بطنه نار جهنم قيل معناه يرد من جرجر الفصل اذا ردد صوته في حنجرة ونارا منصوب على ما هو المحفوظ من الثقات

(قوله يرد عليه ابن الخليل الخ) أقول فيه بحث (قوله وهو) أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب) أقول فيه بحث والاولى أن يقال اذا وجد جهة الحرمة فيه أيضا

وقوله (لأنه في معناه) أي
لأن الأدهان من آنية
الذهب في معنى الشرب
منها لأن كلاهما استعمال
لها والمحرم هو الاستعمال
فيل صورة الأدهان المحرم
هو أن يأخذ آنية الذهب
أو الفضة ويصب الدهن
على الرأس وأما إذا أدخل
يده فيها وأخذ الدهن ثم
صبه على الرأس من اليد
لا يكره قال صاحب النهاية
هكذا ذكره صاحب الذخيرة
في الجامع الصغير وأرى
أنه مخالف لما ذكره
المصنف في المسألة فإن
الكحل لا بد وأن يفصل
عنها حين الاحتكاك ومع
ذلك فقد ذكرها في المحرمات
المضبوطة المشدود بالضباب
جمع ضبة وهي حديدة
عريضة والمشحذ المسنن
والنفر ما يجعل تحت ذنب
الدابة

(قوله من آنية الذهب)
أقول والفضة كذلك (قوله)
قبل صورة الأدهان المحرم
إلى قوله لا يكره) أقول وفي
شرح ويحتمل هذا التفصيل
في الأكل والشرب أيضا
(قوله وأرى أنه مخالف لما
ذكره المصنف في المسألة إلى
قوله في المحرمات الخ) أقول
لكن المسألة لا تأخذ
المسألة بيده ويضع فيها
الميل بخلاف الآية إذ
لا يحتاج فيه إلى الأخذ باليد

وإذا ثبت هذا في الشرب فكذلك في الأدهان ونحوه لأنه في معناه ولأنه تشبه برى المشركين وتنعم بنعم المترفين
والمترفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم وبسبب تنوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي
وكذلك الأكل بلعة الذهب والفضة والاكتحال بعسل الذهب والفضة وكذا ما أشبه ذلك كالمسحاة والمرأة
وغيرهما لما ذكرنا قال (ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلاور والعقيق) وقال الشافعي
بكره لأنه في معنى الذهب والفضة في التماخض به قلنا ليس كذلك لأنه ما كان من عادتهم التماخض بغير الذهب
والفضة قال (ويجوز الشرب في الأناة المفضضة عند أبي حنيفة والر كوب على السرج المفضض
والجلوس على الكرسي المفضض والسري المفضض إذا كان يتقى موضع الفضة) ومعناه يتقى موضع الفم
وقيل هذا وموضع اليد في الأخذ وفي السري والسرج موضع الجلوس وقال أبو يوسف يكره ذلك
وقول محمد يروى مع أبي حنيفة ويروى مع أبي يوسف وعلى هذا الخلاف الأناة المضبوطة بالذهب والفضة
والكرسي المضبوطة بما وكذا إذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرأة أو جعل المصحف مذهباً
أو مفضضاً وكذا الاختلاف في اللجام والر كاب والتفرازا كان مفضضاً وكذا الثوب فيه كتابة بذهب
أو فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخص فأما التوبة الذي لا يخص فلا بأس به بالإجماع

طهارته لم تلزم عنه الأمن حله الثابت بقوله عليه السلام ما وضع شفاؤكم فيما حرم عليكم كما سبق
فبناء على طهارته ودور ظاهر إلى هنا كلامه أقول حديث الدور ساقط جداً لأن حله إنما يكون علة
لطهارته في العقل بأن يصير دليلاً عليها وأما طهارته فأنما تكون علة لحله في الخارج فاختلفت الجهة
وهذا نظير ما قالوا في العلوم العقلية أن الحجة علة للعقوبة في الذهن والعقوبة علة للحرمة في الخارج
فلا استدلال بالحجة على العقوبة برهاناً إني وبعبك برهاناً على ولا دور أصلاً وهكذا الحال بين كل مؤثر
وأثره فإن الأول علة للثاني في الخارج وإن كان الثاني علة للأول في العقل أي دليلاً عليه ومن هذا
القبيل استدلالنا بوجود العالم على وجود الصانع (قوله وإذا ثبت هذا في الشرب فكذلك في الأدهان
ونحوه لأنه في معناه) أي لأن الأدهان في آنية الذهب أو الفضة ونحوه في معنى الشرب منها لأن كلاً من
ذلك استعمال لها والمحرم هو الاستعمال بأي وجه كان لما فيه من التجرؤ والإسراف فيشمل الأدهان
والتمطيب أيضاً وفي النهاية قبل صورة الأدهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب الدهن
على الرأس أما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبّه على الرأس من اليد لا يكره كذا ذكره صاحب
الذخيرة في الجامع الصغير اه قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف في
المسألة فإن الكحل لا بد وأن يفصل عنها حين الاحتكاك ومع ذلك فقد ذكرها في المحرمات انتهى أقول
يمكن دفع المخالفة بين القولين بأن المحرم في أواني الذهب والفضة وآلاتها هو استعمالها واستعمال آنية
الذهب أو الفضة عند إرادة الأدهان منها إنما يتحقق في العرف والعادة بأخذ آنية الذهب أو الفضة منها
على البدن لا بإدخال اليد فيها وأخذ الدهن ثم صبّه على البدن وأما استعمال المسحاة الذهب أو الفضة
فأنما يتصور عادة بإدخال المبل فيها ثم الاحتكاك به فأنه يصل الكحل عنها حين الاحتكاك لا يتقدح في تحقق
استعمالها فافترقا واعتراض صاحب التسمييل على ما قيل في صورة الأدهان المحرم بوجه آخر وهو أنه
يقضي أن لا يكره إذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بلعة ثم أكل منها وكذا إذا أخذ بيده
وأكله منها وأجاب عنه صاحب الدرر والغرر بما يقرب مما ذكرناه في دفع ما قاله صاحب العناية في
المسألة حيث قال بعد ذلك كذا الاعتراض أقول منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ وعدم الوقوف
على مرادهم أما الأول فلأن من في قولهم من آنية ذهب ابتدائية وأما الثاني فلأن مرادهم أن الأدوات
المصنوعة من المحرمات إنما يحرم استعمالها إذا استعملت فيما صنعت له بحسب متعارف الناس فإن
الأواني الكبيرة المصنوعة من الذهب والفضة لأجل أن كل الطعام إنما يحرم استعمالها إذا أكل الطعام

لهما أن مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولا يبي حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال (ومن أرسل أجير له مجوسياً أو خادماً ما شترى له ما فقال اشتر به من يهودى أو نصرانى أو مسلم لم يسهه أكله) لأن قول الكافر مقبول في المعاملات لأنه خبر صحيح لصدوره عن علة. ولودين يعتد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات (وان كان غير ذلك لم يسهه أن يأكل منه)

منها باليد أو المعلقة لأنها وضعت لأجل ابتداء الأكل منها باليد أو المعلقة في العرف وأما إذا أخذ منها ووضع على موضع مباح فأكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها وكذا الأواني الصغيرة المصنوعة لأجل الأدهان ونحوه انما يحرم استعمالها إذا أخذت وصب منها الدهن على الرأس أو على اليد لأنها انما صنعت لأجل الأدهان منها بذلك الوجه وأما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن وصبه على الرأس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها فظهر أن مرادهم أن يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك المحرم الى هنا كلامه أقول فيه نوع استدراك بل اختلال فإن قوله منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ ثم بيانه اياه بقوله أما الأول فلان من في قولهم من اناء ذهب ابتداءً أمر زائد بل مختل أما أولاً فلان المذكور في عبارة عامة المشايخ في آنية الذهب والفضة بكلمة في بدل كلمة من وعليه عبارة الكتاب والجامع الصغير والمحيط والذخيرة وعامة المعنرات وانما وقعت كلمة من في كلام بعض المتأخرين من أصحاب المتن وأما ثانياً فلانه لا تأثير لابتداء في تمسية الجواب الذي ذكره ههنا الذي كفي فيها الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره سواء كان الاستعمال في الابتداء أو في الانتهاء يظهر ذلك بالتأمل الصادق والذوق السليم ثم ان بعض المتأخرين بعد أن ذكر الجواب المزبور وطعن في بعض عباراته قال والحق أن الفرق بين صور الأدهان ليس بما ذكره المحييط بل بوجود مماس اليد بالاناء وقت الاستعمال في الصورتين وعدمها في الثالثة فان لمماسه تأثيراً في الحرمة كما ينبغي ومن وجوب الانتفاء عن موضع الفضة في الاناء المفضض أو المضيب وقت الشرب فتأمل انتهى أقول برده على هذا الفرق الذي زعمه حق النقض الذي أورده صاحب التسهيل فانه إذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بملقعة ثم أكل منها أو أخذ بيده وأكله منها لم يوجد هناك مماس اليد بالآنية مع أنه يكره بلا شك فالخاص الكلي هنا انما يحصل بالمصير الى الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره لا بغير ذلك وأما الاناء المفضض أو المضيب فمعرزل عما نحن فيه فانه ليس بخالص فضة أو ذهب بل هو مركب من لوح وفضة أو ذهب فاعتبر أبو حنيفة في حرمة الشرب منه مماسه العضو بالجزء الذي هو الفضة أو الذهب ولم يعتبرها صاحباه ولكل من الجانبين أصل بأنى بيانه (قوله لهما أن مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره) جهه في التعليل جرياً على رواية كون قول محمد في هذه المسئلة مع أبي يوسف وان كان أفرد أبو يوسف في بيان الحكم فيما قبل وأما صاحب الكافي فأفرد ههنا أيضاً حيث قال احتج أبو يوسف بعموم ما ورد من النهي ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقول ما في الكافي قلت ورد النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة كما سبق وصدقه على المفضض والمضيب ممنوع وقال في الحاشية رد الماس في الكافي من احتجاج أبي يوسف أقول ليس ذلك بتمام لان ما ورد من النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة ان لم يعم المفضض والمضيب عبارة يعهد مادلالة كهمومه للأدهان منه ونحوه وكهمومه لآكل كل بملقعة الذهب والفضة والا كتحال بميل الذهب وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما فان المدار في كاهتا ناول النهي الوارد المذكور لكل منها دلالة كما صرح حوايه وعن ههنا قال في المحيط البرهاني جتهدت في العمومات الواردة بالنهي عن استعمال الذهب والفضة ومن استعمل اناء كان مستعملاً كل جزء منه فكره وهذا لان الحرمة في استعمال الذهب والفضة

(ولا يبي حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع) حكى أن هذه المسئلة وقعت في دار أبي جعفر الدواني بحضرة أبي حنيفة وأئمة عصره رحمه الله فقالت الأئمة يكره فقبل لا يبي حنيفة ما نقول فقال ان وضع فيه على الفضة يكره والا فلا فقبل له ما ألجته فيه فقال أرايت لو كان في أصبعه خاتم فضة فشرب من كفه أكره فوقف كلهم وتعجب أبو جعفر قال (ومن أرسل أجير له مجوسياً الخ) كلامه واضح

معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة قال (ويجوز أن يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي) لان الهدايا تبعت عادة على أيدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استحباب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلولا يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه أن يأخذها لانه لا فرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو بنفسها لما قلنا

في الاناء وغيره انما كانت للتسبيح بالا كسرة والجارية فكل ما كان بهذا المعنى يكره بخلاف خاتم الفضة والمنطقة حيث لا يكره لان الرخصة جاءت في ذلك نصا أما ههنا بخلافه الى هنا لفظ المحيط تأمل وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز لا يوسف ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه السلام قال من شرب في اناء ذهب أو فضة أو اناء فيه شيء من ذلك فإنه يجسر جر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني انتهى ورد عليه أيضا ذلك البعض حيث قال بعد نقل ذلك قلت لو ثبت هذا كان حجة قاطعة على أبي حنيفة رحمه الله لكان لم نجد في روايات البخاري وغيره الا خالبا عن زيادة أو اناء فيه شيء من ذلك وقال في الحاشية رد لما ذكره الزياهي من احتجاج أبي يوسف انتهى أقول عدم وجوده تلك الزيادة فيما رآه من روايات البخاري وغيره لا يدل على عدم وجودها في رواية أخرى لم يرحلها وقد بين الامام الزيلعي طريق اخراج ما ذكره من الحديث حيث قال رواه الدارقطني فكيف يصح أن يجعل ذلك البعض مجرد عدم اطلاعه على ذلك رداله وهو ليس من فرسان ميدان علم الحديث كما لا يخفى (قوله معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم) أقول كان الاظهر أن يقال معناه اذا كان قوله غير ذلك بان قال

اشتريته من غير الكتابي والمسلم لان المقصود بالبيان هنا كون قول الكافر مقبولا فيما هو من جنس المعاملات سواء تضمن الحل أو الحرمة لا كون ذبيحة المسلم والكتابي مما يؤكل دون ذبيحة غيرهما فإنه من مسائل كتاب الذبايح وقدم مرستوفي وعبارة المصنف توهم أصالة الثاني كما ترى ثم انه لو قال في المتن وان قال غير ذلك بدل قوله وان كان غير ذلك لكان أظهر من الكل وكان أوفق لما قبله وهو قوله وقال اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم الا أنه لم يغير لفظ محمد رحمه الله في الجامع الصغير تبركابه (قوله لانه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة) قال صاحب العناية في شرح هذا الحل قوله لانه لما قبل قوله في الحل يعني في قوله وسعه أكله فإنه يتضمن الحل لا محالة أولى أن يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل دائما انتهى أقول في تفسيره قول المصنف في الحل بقوله يعني في قوله وسعه أكله ركاكة جدا لان قوله وسعه أكله جواب المسئلة فهو في قوة أن يقال يقبل قوله فيما أخبر به لانه ثمرة قبول قوله في ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا بقوله في الحل في قوله وسعه أكله يصير معنى كلامه لما قبل قوله في قبول قوله فيما أخبر به ولا حاصل له بل هو من قبيل اللغوم من الكلام والحق عندى في شرح كلام المصنف هنا أن يقال يعني أنه لما قبل قوله في الحل أي فيما يتضمن الحل وهو قوله اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم فإنه يتضمن اثبات حل كل ما اشتراه كما صرحوا به قاطبة أولى أن يقبل قوله في الحرمة أي فيما يتضمن الحرمة وهو قوله اشتريته من غير الكتابي والمسلم فإنه يتضمن اثبات حرمة ما اشتراه كما صرحوا به أيضا تبصر (قوله لانه لا فرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو بنفسها لما قلنا) قال جمهور الشراح قوله لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا تبعت عادة على أيدي هؤلاء انتهى أقول لما منع أن يمنع أن نفس الجوارى والعبيد تبعت عادة على أيدي هؤلاء بخلاف اهداء غير أنفسهم من الهدايا فانها تبعت عادة على أيديهم بلا مجال التكريم من أحد وقال صاحب الغاية قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلولا يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وتبعه العيني أقول ولما منع أن يمنع أن عدم قبول قولهم في اهداء مواليتهم أنفسهم يؤدي الى الحرج لا مكان اهدائهم على أيدي غيرهم من سائر العبيد والجوارى

وقوله (لانه لما قبل قوله في الحل) يعني في قوله وسعه أكله فإنه يتضمن الحل لا محالة أولى أن يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل دائما وأني برواية الجامع الصغير لان الهدية فيها نفس الجارية وقوله (لما قلنا) راجع الى قوله لان الهدايا تبعت عادة على أيدي هؤلاء

(قوله لان الهدايا تبعت عادة على أيدي هؤلاء عادة) أقول يمكن أن يمنع اشتراط العادة

قال (ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في البيانات الا قول العدل) ووجه الفرق أن المعاملات يكثر وجودها فيما بين أجناس الناس فلو شرطنا شرطاً يؤدي إلى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلاً كان أو فاسقاً ككافراً أو مسلماً عبداً أو حراً ذكراً أو أنثى دفعا للحرج أما البيانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات بخلاف أن يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل فيها الا قول المسلم العدل لأن الفاسق متمم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له أن يلزم المسلم بخلاف المعاملات لأن الكافر لا يمكنه المقام في دارنا الا بالمعاملة ولا يهتم به المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة انه يقبل قوله فيها جرياً على مذهبه انه يجوز القضاءه وفي ظاهر الرواية هو والفاسق فيه سواء حتى يعتبر فيهما كبر الراي

أو الصبيان وعدم القدرة على غيرهم أصلاً نادراً لا يعد مثله مؤدياً إلى الحرج بخلاف اهداء الهدايا مطلقاً على أيدي غير جنس العبيد والحواري والصبيان فإن فيه حرجاً ينافي في اهداء الامور الحسنة (قوله ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في البيانات الا قول العدل) قال في التلويح فيه - لذكر فخر الاسلام في موضع من كتابه ان اخبار المميز الغير العدل يقبل في مثل الوكالة والهدايا من غير انضمام التحري وفي موضع آخر انه يشترط التحري وهو المذكور في كلام الامام السرخسي ومحمد رحمه الله ذكر الفيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير فقبل يجوز أن يكون المذكور في كتاب الاستحسان نفسه هذا فبشرط ويجوز أن يشترط استحساناً ولا يشترط رخصة ويجوز أن يكون في المسئلة روايتان انتهى أقول بشكل على التوجيه الاول الفرق بين المعاملات والبيانات لان قول الفاسق يقبل في البيانات أيضاً بشرط التحري كما سيأتي التصريح به في الكتاب وكذا بشكل ذلك على التوجيه الثالث على احدى الروايتين وهي رواية الاشتراط فالظاهر المناسب عندي هو التوجيه الثاني فان الفرق المذكور يستقيم حينئذ لا رخصة لقبول قول الفاسق في البيانات بدون التحري (قوله ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله انه يقبل قوله فيها جرياً على مذهبه انه يجوز القضاءه) قال الشراح وظاهر الرواية اصح لانه لا بد من اعتبار أحد شرطى الشهادة ليكون الخبر ملزماً وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة انتهى أقول فيه بحث لان أصل أبي حنيفة في الشهادة أن يقتصر الحياكم على ظاهر العدالة اذ لم يطعن الخصم فيما عدا الحدود والقصاص كما تقر في كتاب الشهادات فكان أحد شرطى الشهادة عنده ظاهر العدالة دون حقيقة تها ولا ريب أن المستور ظاهر العدالة لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدوداً في قذف وفي غير ظاهر الرواية أيضاً لم يلزم عدم اعتبار أحد شرطى الشهادة فلم يدل ما ذكره على أصحية ظاهر الرواية ويمكن أن يقال ليس مقصودهم بيان أصحية ظاهر الرواية على أصل أبي حنيفة في الشهادة بل على ما يقتضيه فساد الزمان من عدم الاعتداد برواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لم تعتبر شهادته في القضاء عند أبي يوسف ومحمد رحمه الله ما لم يظهر عدالته وعن هذا قال المصنف في كتاب الشهادات والفتوى على قولهما في هذا الزمان ويؤيد هذا التوجيه ما ذكره صاحب غاية البيان نقلاً عن شمس الأئمة السرخسي حيث قال قال شمس الأئمة السرخسي في أصوله وروى الحسن عن أبي حنيفة انه بمنزلة العدل في رواية الاخبار لثبوت العدالة ظاهراً بالحديث المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضي الله تعالى عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض ولهذا يجوز أبو حنيفة القضاء بشهادة المستور فيما ثبتت مع الشبهات اذ لم يطعن الخصم ولكن ما ذكره في الاستحسان اصح في زماننا فان الفسق غالب في أهل هذا الزمان فلا يعتمد على رواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لا تعتبر شهادته في القضاء قبل أن تظهر عدالته انتهى وبما ذكرنا بين اختلال تحرير بعض المتأخرين في هذا المقام حيث قال في شرح قول المصنف ولا يقبل قول المستور في

وقوله (ولا يقبل فيها) أى
في العبادات (قول المستور)
وقوله (جرياً على مذهبه أنه
يجوز القضاءه) يعنى اذ لم
يطعن الخصم وظاهر الرواية
اصح لانه لا بد من اعتبار
أحد شرطى الشهادة
ليكون الخبر ملزماً وقد سقط
اعتبار العدد فبقى اعتبار
العدالة وقوله (حتى يعتبر
فيهما) أى في الفاسق
والمستور اذا أخبرا بنجاسة
الماء (أكبر الراي)

وقوله (ويقبل فيها) أي في البيانات قول العبد والحر والامة لان خبره هؤلاء في أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار لانه يلزم بنفسه أولا ثم يتعدى منه الى غيره (٨٦) فلا يكون من باب الولاية على الغير وقوله (ما ذكرناه) اشارة الى الهدية والاذن وقوله (فان كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به) يعني كمالا في الاحتياط والاحتياط في التيمم بعد الوضوء وان لم يترجح أحد الوجهين قبل الاصل الطهارة وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله أما التحري فجرد ظن فقيهه احتمال الخطأ وقوله (ومنها) أي من البيانات (الحلل والحرمة) يقبل فيهما خبر الواحد العدل اذا لم يتضمن زوال الملك كالأخبار بحرمة الطعام والشراب يقبل فيها قول العدل فلا يحل الاكل ولا الاطعام لانها حق الله تعالى فيثبت بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه لان بطلان الملك لا يثبت بخبره وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك وأما اذا تضمن زواله فلا يقبل كما اذا أخبر رجل أو امرأة عدل للزوجين بأنهما ارتضا من امرأة واحدة بل لا بد فيها من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان الحرمة ههنا مع بقاء النكاح غير منصور فيكون متضمنا لزوال الملك فان قيل قد تقدم قوله لانه لما قبل قوله أي قول المجوسى في الحل أولى أن يقبل في الحرمة وهو يدل على ان العدالة في الخبر بالحل والحرمة غير شرط فكان كلامه متناقضا أجاب

قال (ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا) لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن البيانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا أخبره مسلم مرضى لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان الخمر فاسقا ومستورا تحرى فان كان أكبر رأيه أنه صادق يتيمم ولا يتوضأ به وان أراق الماء ثم تيمم كان أحوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة أما التحري فجرد ظن ولو كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فأما في الاحتياط فيتم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفرعات ذكرناها في كفاية المنتهى

ظاهر الرواية أي ولا يقبل قوله في البيانات في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله ثم قال وجه الظاهر أنه لا بد من اعتبار أحد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة انتهى فانه جعل ما ذكره وجهها لاصحية ظاهر الرواية وجهها لنفس ظاهر الرواية عن أبي حنيفة فيرد عليه قطعا أن حقيقة العدالة ليست بأحد شطري الشهادة عند أبي حنيفة بل يكفي ظاهر العدالة عنه في قبول الشهادة ولا يخفى أن ظاهر العدالة متحقق في المستور فامعنى اعتبار حقيقة العدالة في قبول قوله في البيانات في ظاهر الرواية عنه قد بر (قوله ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا) أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ذكر الحر ههنا حال عن الفائدة اذ لا يشبهه على أحد قبول قول الحر في كل أمر خطيرا اذا كان عدلا بخلاف العبد والامة ولعل صاحب الكافي ذاق بشاعة ذكر الحر ههنا فقال ويقبل فيها قول العبد والامة اذا كانا عدلين بدون ذكر الحر قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله ويقبل فيها أي في البيانات قول الحر والعبد والامة لان خبر هؤلاء في أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار انتهى أقول قد زاد هذا الشارح في الظهور نعمة حيث أتى بمحذور آخر في كلام نفسه فانه قال لان خبر هؤلاء في أمور الدين كخبر الحر ولا شأن أن كلمة هؤلاء من جوع أسماء الاشارة فتكون ههنا اشارة الى الاشياء الثلاثة المذكورة وهي العبد والحر والامة فيصير معنى كلام الشارح المذكور لان خبر العبد والحر والامة في أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا لا يفيد خل المشبه به في المشبه ولا يخفى فساد وقال صاحب النهاية ويقبل فيها أي في البيانات قول العبد والحر والامة لان في أمور الدين خبر العبد كخبر الحر كما في رواية الاخبار وتبعه صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع أقول في كلامهما أيضا نوع محذور لانهما جعلوا الحر مقبسا عليه أو مشبها به وهو داخل أيضا في المدعى ههنا فكان مما يلزم اثباته أيضا هنا فكيف يتم أن يجعل مقبسا عليه أو مشبها به لاحد قريته قبل أن يتبين حال نفسه فالتعليل التام الشامل لكل ما ذكره المصنف بقوله لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه (قوله وان أراق الماء ثم تيمم كان أحوط) أقول هذا مشكل عندى لانه اذا كان أكبر رأيه أنه صادق كان نجاسة الماء راجحة عنده فاذا أراق هذا الماء على أعضاء الوضوء كان الراجح أن تنجس تلك الأعضاء واذا تنجست أعضاؤه لم تجز صلاته ما لم تطهر والمفروض انتفاء ماء آخر مطهر والالم يجز التيمم فكان ينبغي أن يكون الاحتياط اذ ذلك في ترك الاراقة لتأديها الى محذور شديد بخلاف الاحتياط بالتيمم بعد الوضوء فيما اذا كان أكبر رأيه أنه كاذب كما سيأتى من بعد فان التيمم ههنا بشئ ظاهر فلا يلزم محذور أصلا فليست امل (قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة) أقول لقائل أن يقول لان سلم سقوط احتمال الكذب مع مجرد العدالة بدون أن يصل حد التواتر كيف وقد

ظاهر الرواية أي ولا يقبل قوله في البيانات في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله ثم قال وجه الظاهر أنه لا بد من اعتبار أحد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة انتهى فانه جعل ما ذكره وجهها لاصحية ظاهر الرواية وجهها لنفس ظاهر الرواية عن أبي حنيفة فيرد عليه قطعا أن حقيقة العدالة ليست بأحد شطري الشهادة عند أبي حنيفة بل يكفي ظاهر العدالة عنه في قبول الشهادة ولا يخفى أن ظاهر العدالة متحقق في المستور فامعنى اعتبار حقيقة العدالة في قبول قوله في البيانات في ظاهر الرواية عنه قد بر (قوله ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا) أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ذكر الحر ههنا حال عن الفائدة اذ لا يشبهه على أحد قبول قول الحر في كل أمر خطيرا اذا كان عدلا بخلاف العبد والامة ولعل صاحب الكافي ذاق بشاعة ذكر الحر ههنا فقال ويقبل فيها قول العبد والامة اذا كانا عدلين بدون ذكر الحر قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله ويقبل فيها أي في البيانات قول الحر والعبد والامة لان خبر هؤلاء في أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار انتهى أقول قد زاد هذا الشارح في الظهور نعمة حيث أتى بمحذور آخر في كلام نفسه فانه قال لان خبر هؤلاء في أمور الدين كخبر الحر ولا شأن أن كلمة هؤلاء من جوع أسماء الاشارة فتكون ههنا اشارة الى الاشياء الثلاثة المذكورة وهي العبد والحر والامة فيصير معنى كلام الشارح المذكور لان خبر العبد والحر والامة في أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا لا يفيد خل المشبه به في المشبه ولا يخفى فساد وقال صاحب النهاية ويقبل فيها أي في البيانات قول العبد والحر والامة لان في أمور الدين خبر العبد كخبر الحر كما في رواية الاخبار وتبعه صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع أقول في كلامهما أيضا نوع محذور لانهما جعلوا الحر مقبسا عليه أو مشبها به وهو داخل أيضا في المدعى ههنا فكان مما يلزم اثباته أيضا هنا فكيف يتم أن يجعل مقبسا عليه أو مشبها به لاحد قريته قبل أن يتبين حال نفسه فالتعليل التام الشامل لكل ما ذكره المصنف بقوله لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه (قوله وان أراق الماء ثم تيمم كان أحوط) أقول هذا مشكل عندى لانه اذا كان أكبر رأيه أنه صادق كان نجاسة الماء راجحة عنده فاذا أراق هذا الماء على أعضاء الوضوء كان الراجح أن تنجس تلك الأعضاء واذا تنجست أعضاؤه لم تجز صلاته ما لم تطهر والمفروض انتفاء ماء آخر مطهر والالم يجز التيمم فكان ينبغي أن يكون الاحتياط اذ ذلك في ترك الاراقة لتأديها الى محذور شديد بخلاف الاحتياط بالتيمم بعد الوضوء فيما اذا كان أكبر رأيه أنه كاذب كما سيأتى من بعد فان التيمم ههنا بشئ ظاهر فلا يلزم محذور أصلا فليست امل (قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة) أقول لقائل أن يقول لان سلم سقوط احتمال الكذب مع مجرد العدالة بدون أن يصل حد التواتر كيف وقد

فكان كلامه متناقضا أجاب بأن ذلك كان ضمنيا وكم من شيء ثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فلا تناقض لان المراد ههنا ما كان قصديا قال (قوله أجيب بأن ذلك كان ضمنيا) أقول ولا يمكن أن يجاب بأن الكافر قد يكون عدلا لان المراد بالعدل هنا المسلم المرتضى كما نص عليه المصنف هنا

قال (ومن دعى الى ولية أو طعام فوجدتموه لعباً أو غناء فلا بأس بأن يقعدوا بكل) قال أبو حنيفة رحمه الله ابتليت به امرأة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يحب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها الما افتقرن بها من البدعة من غير كصلاة الجنائز واجبة الاقامة وان حضرته نياحة فان قدر على المنع منهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى به فان كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن أبي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل أن يصير مقتدى به ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي أن يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكري مع القوم الظالمين

صرحوا في علم الأصول بان خبر الواحد المعدل وان كان صحابيا لا يوجب اليقين بل احتمال الكذب قائم وان كان مرجوحا والازم القطع بالنقيضين عند اخبار العدلين بهما ولهذا قالوا انه لا يفيد الاغلبة الظن دون اليقين ويوافقه قول المصنف فيم امر لان عند العدالة الصدق راجح والقبول ربحانه والجواب أن مراد المصنف باحتمال الكذب في قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب هو الاحتمال الظاهر الذي يعتد به شرعا دون مطلق الاحتمال وعن هـ اذا قال صاحب الكافي ومع العدالة يسقط احتمال الكذب شرعا لانها عبارة عن الاتزجار عن المعاصي والكذب منها فكان منزجرا عنه انتهى فان قلت اذا بقي احتمال مالا لكذب في العدالة فامعنى قوله فلامعنى للاحتياط بالاراقة قلت مراده أنه لا معنى للاحتياط بالاراقة في صورة العدالة احتياطاً بهما مثل الاحتياط بها في صورة التحري في خبر الفاسق أو المستور فان قلت اذا كان مفاد خبر العدول هو الظن دون اليقين فامعنى قول المصنف في مقابلة ذلك وأما التحري فمجرد ظن قامت معناه أنه مجرد تخمين وظن لاغلبة ظن بخلاف عدالة الخبر فان الحاصل هناك غلبة الظن وهي أقوى من الاول فاقتربا (قوله وهذا لان اجابة الدعوى سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها لما اقترن بهما من البدعة من غيره كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتم انباحة) قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة وأجيب بأنها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم كذا في العناية وعامة الشروح أقول الجواب منطوقه لانهم ان أرادوا بقبولهم انها سنة في قوة الواجب أنها مثل الواجب في الاحكام كما يفسح عنه قول صاحبي النهاية والكفاية فيثبت الحكم فيها على وفاق ما ثبت في الواجب فهو مشكل على قواعد علم الأصول اذ قد تقرره فيه كون السنة قسما للواجب ومغايرة له في الاحكام حيث صرحوا فيه بأن الواجب مما كان فعله أولى من تركه مع منع تركه والسنة مما كان فعله أولى من تركه بلا منع تركه وان تارك الواجب يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل يستحق حرمان الشفاعة فكيف يتصور الاشتراك في الاحكام وان أرادوا بقبولهم انها سنة في قوة الواجب مجرد بيان تأكد سنيتها فهو لا يجدى نفعا في دفع السؤال اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الواجب تحمله لاقامة السنة وان كانت مؤكدة تأكد اتمام الظهور والتفاوت بينهما في الحقيقة والاحكام فلا يتم القياس على أن صلاة الجنازة فرض لا واجب محض فعلى تقدير أن يكون اجابة الدعوة في حكم الواجب بل نفس الواجب لا يندفع السؤال أيضا اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة الواجب لثبوت الفرض بدليل قطعي دون الواجب ولهـ اذا كفر جاحدا الاول دون الثاني فلا وجه للقياس وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة انتهى أقول ليس هذا بشئ لان تشبيه اجابة الدعوة بصلاة الجنازة في مجرد الاقتران بالبدعة مع ظهور الفرق بينهما في القوة والضعف لا يفيد شبهة فافيلزم أن يكون قول المصنف كصلاة

قال (ومن دعى الى وليمة
أو طعام الخ) قيل الوليمة
طعام العرس والغناء
بالكسر السماع وقوله
(كصلاة الجنازة) قيل عليه
انه قياس السنة على الفرض
وهو غير مستقيم فانه لا يلزم
من تحمل المحذور لاقامة
الفرض تحمله لاقامة السنة
وأجيب بأنها سنة في قوة
الواجب لورود الوعيد على
تاركها قال صلى الله عليه
وسلم من لم يجب الدعوة
فقد عصى أبا القاسم ويجوز
أن يقال وجه التشبيه
اقتران العبادة بالبدعة مع
قطع النظر عن صفة تلك
العبادة وقوله (فان قدر على
المنع منعهم وان لم يقدر
يصبر) ليكون عاملا بقوله
صلى الله عليه وسلم من
رأى منكم منكرا فإليه
بيده الحديث وقوله
(ولو كان على المائدة ينبغى
أن لا يقعد) يشير الى أن
ما تقدم انما جاز اذا كان
الغناء في ذلك المنزل ولم يكن
على المائدة لانه لم يدخل
نحت المعبة وأما اذا كان
على المائدة كان قاعدا
مع القوم الظالمين

(قوله ويجوز أن يقال وجه التشبيه الخ) أقول فيه بحث الا ان يقال ليس بقياس كما يشير اليه قوله وجه التشبيه وفيه أنه تبقى المسئلة حمفئذ بلادليل

الحنارة واجبة الاقامة وان حضرته نياحة كلاما زائدا خارجا عن صنعة الفقه وحاشي له ثم أقول
 يمكن أن يجاب عن ذلك السؤال بوجه آخر وهو أن اجابة الدعوة وان كانت سنة عندنا ابتداء الاقامة
 تنقلب الى الواجب بقاء أي بعد الحضور الى محل الدعوة حيث يلزمه حق الدعوة بالترامه اجابتها كما
 أشار اليه المصنف فيما بعد فيصير هذا نظير الصلاة النافلة فانها تنقلب الى الواجب بل الى الفرض بالترام
 اقامتها بالشروع فيها كما تقرر في محله ولذلك لو علم المدعو بالبدعة قبل الحضور لزمه ترك اجابة الدعوة كما
 سيجي وفيكون قوله كصلاة الحنارة واجبة الاقامة وان حضرته نياحة قياسا الواجب على الواجب في
 المثال فيندفع الاشكال ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح رد الدليل المذكور في الكتاب حيث قال لا
 لان اجابة الدعوة سنة فلا تترك بسبب بدعة كصلاة الحنارة يحضرها النياحة لانه ان اراد مطلق الدعوة
 فلا نسلم أن اجابته سنة وان اراد الدعوة على وجه السنة فلا يتم التقريب بل لان حق الدعوة يلزمه
 بعد الحضور لا قبله الى ههنا كلامه وقصد بعض المتأخرين الجواب عن ذلك فقال ثم المراد بالاجابة
 المسنونة في قوله لان اجابة الدعوة سنة ما يعم الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة انتهاء فقط حتى يتم تقريب
 الدليل لان فرض المسئلة في دعوة اقترنت بله وفيها لا تسن الاجابة ابتداء كما سيجي فاذا عرف
 المدعو ذلك قبل الاجابة لا يجب عليه الاجابة أصلا وأما اذا هجم عليه ولم يعرفه كما هو المفروض بدليل
 قوله فوجدته يجب عليه الجأز والصبر والاكل وهذا اجابة انتهاء فبهذا ينطبق الدليل على المدعى فلا يرد
 عليه ما قيل ان اراد بقوله لان اجابة الدعوة سنة أن اجابة مطلق الدعوة سنة فلا نسلم ذلك لما سيجي وأن
 الدعوة اذا قارنت شيئا من اللزوم يلزمه حق الدعوة وان اراد أن اجابة الدعوة على وجه السنة كذلك
 فلا يتم التقريب ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم فقامل
 الى هنا كلام ذلك البعض أقول لا يذهب على ذي فطانه أن هذا كلام خال عن التحصيل ابتداء وانتهاء
 أما ما خلو من التحصيل ابتداء فلانه لا معنى لاجابة الدعوة انتهاء فقط اذ لا يتصور تحقق اجابة الدعوة
 انتهاء بدون تحققها ابتداء لان عدم تحقق اجابة الدعوة من المدعو ابتداء انما يتصور بعدم مجيئه الى
 محل الدعوة أصلا لاجل اجابة تلك الدعوة فاذن كيف يتصور منه اجابة تلك الدعوة انتهاء واجابته
 انتهاء فرع مجيئه الى محل الدعوة أولا وليس فليست وانما الذي يتصور وقوعه عكس ذلك وهو الاجابة
 ابتداء فقط كما اذا دعى الى وليمة أو غيرها أجاب وذهب الى محل الدعوة فوجدته لعبا أو غناء فلم يقعد ولم
 يأكل فانه يوجد هناك الاجابة ابتداء لانتهاء كما لا يخفى وصورتها الشرعية فيما اذا كان المدعو موقفا
 ولم يقدر على منعهم كما سيجي في الكتاب والعجب أن ذلك القائل ذكر الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة
 انتهاء فقط ولم يذكر الاجابة ابتداء فقط وكتب تحت قوله والاجابة انتهاء فقط أما عكسه وهو الفهم الثالث
 ههنا فلا يتصور وقوعه اه فرغم ما هو متصور الوقوع غير متصور الوقوع وبالعكس ولم يدرك أن تحقق
 انتهاء الشيء في الخارج يستلزم تحقق ابتداءه فيه دون العكس كما لا يخفى وأما ما خلو كلامه عن التحصيل
 انتهاء فلان الظاهر من قوله ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء
 اذا هجم أنه اختار كون المراد أن اجابة مطلق الدعوة سنة لان عدم لزوم حق الدعوة ابتداء يمكن يلزمه
 انتهاء كان من متفرعات منع ذلك ولكن ماذا كره في وجه الاندفاع ليس بسديد لانه اذا علم المدعو قبل
 الحضور أن الدعوة قارنت شيئا من البدعة لم يلزمه الاجابة أصلا كما سيجي في الكتاب وذكره ذلك القائل
 أيضا في أثناء كلامه ويكفي لسند منع أن اجابة مطلق الدعوة سنة هذه الصورة فقط فلا وجه لقوله لانه
 وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم لان لزوم حق الدعوة للدعوة وانتهاء اذا هجم عليه
 انما يكون بأن علم ذلك بعد الحضور وهو صورة أخرى غير الصورة الاولى التي هي السند للمنع المذكور
 ولا شك انه لا يلزمه حق الدعوة في الصورة الاولى لا ابتداء ولا انتهاء فكيف يكون ما ذكره وجه الاندفاع

وقوله (ودلت المسئلة على أن
المسلاهي كلها حرام) لان
محمد ارجه الله أطلق اسم
اللعب والغناء بقوله فوجد
ثمة اللعب والغناء فاللعب
وهو الله وحرام لا يقال
الحياة الدنيا لعب ولهو
لقوله تعالى اعلموا أنما الحياة
الدنيا لعب ولهو والحياة
الدنيا ليست بحرام لان
الحاصل من هذا القياس
بعض اللهو واللعب ليس
بحرام وهو ما استثناء النبي
صلى الله عليه وسلم في قوله
هو المؤمن باطل الا في ثلاث
تأديبه لفرسه ورميه عن
فوسه وملاعبته مع أهله
وقوله (بضرب القضيب)
عني به خشب الحارس

(قال المصنف ولوعلم قبل
الحضور لا يحضره) أقول فيه
كلام لان الحديث ينتظمه
(قوله لقوله تعالى اعلموا أنما
الحياة الدنيا لعب الخ) أقول
المراد بها أمور الدنيا أعني
ما لا يتوصل به الى الفوز
الاجل (قوله ليس بحرام)
أقول بعني مطلقا (قوله
لان الحاصل من هذا
القياس بعض اللهو الخ)
أقول لكن القياس الاول
يقضي الكلية كما لا يخفى
ثم ان الاولى أن يجاب بأن
الكلام على التشبيه فليتامل
(قوله وهو ما استثناء النبي
عليه الصلاة والسلام)
أقول فيه نظري يظهر وجهه
بالنظر في كتب التفسير

وهذا كله بعد الحضور ولوعلم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه
لانه قد لزمه ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب

والصواب في الجواب عما ذكره صاحب الاصلاح والايضاح اختيار الشق الثاني من ترديده وهو كون المراد
أن اجابة الدعوة على وجه السنية فتكون الاجابة سنة وبيان تمام تقريب الدليل بأن الدعوة على
ثلاثة أوجه الاول ان دعي الى ولية أو طعام ولم يكن ثمة شيء من البدع أصلا والثاني ان دعي الى ذلك
ولم يذكر حين الدعوة أن ثمة شيئا من البدع ولم يعلم المدعو قبل الحضور ولكن هجم عليه والثالث ان دعي
الى ذلك وذكر أن ثمة شيئا من البدع فعلم المدعو قبل الحضور وفي الوجهين الاولين كانت الدعوة على وجه
السنة فتكون الاجابة سنة وفي الوجه الثالث لم تكن الدعوة على وجه السنة فلا تكون الاجابة لازمة
للدعوى أصلا والمسئلة التي نحن فيها من الوجه الثاني من تلك الأوجه فيتمشي فيها الدليل المذكور فيتم
التقريب تأمل تقف (قوله وهذا كله بعد الحضور ولوعلم قبل الحضور لا يحضر) أقول لقائل أن يقول
الحديث المذكور يعم ما بعد الحضور وما قبله اذ قد تقر في علم الاصول أن المعرف باللام اذا لم تكن للعهد
الخارجي فهو للاستغراق والدعوة في قوله عليه الصلاة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصي أبا القاسم
معرفة باللام ولم يظهر هناك معهود خارجي فهي للاستغراق فتعم كل دعوة والجواب أنه ان كان
عاما من حيث اللفظ فهو مخصوص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب عن اقتراب تلك البدع بلا
ضرورة توفيقا بين النصوص مهما أمكن وقد دعت الضرورة الى الصبر فيما اذا علم بعد الحضور لانه قد لزمه
حق الدعوة بخلاف ما اذا علم قبل الحضور اذ لم يلزمه ذلك هناك كما بينه المصنف هناك فافترا (قوله ودلت
المسئلة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب) لان محمد ارجه الله أطلق اسم اللعب
والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو الله وحرام كذا في العناية وهذا القدر من التعليل
كاف في بيان دلالة المسئلة على أن الملاهي كلها حرام هو الصحيح المختار عندي وقد زاد جمهور الشراح على
ذلك كلاما آخر حيث قالوا فاللعب وهو الله وحرام بالنص قال النبي صلى الله عليه وسلم لهو المؤمن باطل
الا في ثلاث تأديبه فرسه وفي رواية ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله وهذا الذي ذكره
محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلا انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان زيادة قولهم بالنص في قولهم
فاللعب وهو الله وحرام بالنص يدل على أن الدليل على حرمة اللهو هو النص والكلام في دلالة المسئلة على
ذلك فلا يتم التقريب بخلاف ما اذا لم يؤت بتلك الزيادة اذ يكون قولهم فاللعب وهو الله وحرام اذ ذلك
منفردا على ما قبله وهو اطلاق محمد اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فيصير حاصل التعليل
أن محمد الما أطلق اسم اللعب والغناء في هاتيك المسئلة ولم يقيده بنوع علم أن اللعب الذي هو الله وحرام
مطلقا وهو جيد مفيد للدعي وأما ثانيا فلان قولهم وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان
باطلا بنا في قولهم في أول التعليل لان محمد أطلق اسم اللعب والغناء اذ على تقدير أن لا يكون ماذ ذكره محمد
في هاتيك المسئلة من هذه الثلاث يلزم أن لا يكون اسم اللعب فيها مطلقا بل أن يكون مقيدا بغير هذه
الثلاث لا يقال مرادهم باطلاق محمد اسم اللعب اطلاقا بالنسبة الى ما عدا هذه الثلاث لا بالنسبة الى كل
لعب فلا تنافي لانا نقول لا يساعده لفظ محمد لانهم انما أخذوا اطلاق اسم اللعب من قوله فوجد ثمة
اللعب والغناء ولا يخفى أن قوله المذكور انما يقتضي الاطلاق بالنسبة الى جنس اللعب لا بالنسبة الى
بعض منه وهو ما عدا الثلاث المذكورة ثم أقول بقي شيء في أصل كلام المصنف وهو انه لو اعتبرت دلالة
المسئلة المذكورة على أن الملاهي كلها حرام وجاز العمل بهذه الدلالة لزم القول بحرمة الصور الثلاث
المستثناة في الحديث أيضا ولم يقل بها أحد اللهم الا أن يقال تلك الثلاث مستثناة في كلام محمد تقدير اربناء
على كونها مستثناة في الحديث صريح ويجعل شهرة الحديث قرينة على ذلك ثم ان صاحب العناية قال

وكذا قول أبي حنيفة رحمه الله ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

لا يقال الحياة الدنيا لعب ولهو اقوله تعالى اعلموا انما الحياة الدنيا لعب ولهو والحياة الدنيا ليست بمحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بمحرام وهو ما استثناء النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المؤمن باطل الا في ثلاث تأديبه فرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله انتهى كلامه أقول أراد بالقياس في قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بمحرام القياس المنطقي الذي ذكر في السؤال على الشكل الثالث من الاشكال الاربعة بقسمة الافتراضي وبالحاصل منه نتيجة وأشار بقوله بعض اللهو واللعب الى جرثومة تلك النتيجة بناء على أن الشكل الثالث لا ينتج الا جرثومة كما تقر في موضعه فبطل قول بعض الفضلاء هنا لكن القياس الاول يقتضي الكلية كما لا يخفى فكانه غفل عن كون القياس المذكور على الشكل الثالث أو عن كون نتيجة الشكل الثالث جرثومة لا غير وقال بعض المتأخرين هنا ان شرط انتاج الشكل الثالث كلية احدي مقدمتيه وهي ههنا منتفية انتهى أقول ليس هذا أيضا صحيح اذا تظاهر أن كلاً ما قدمتي القياس المذكور كليتان صغيراهما موجبة كلية وكبراهما سالبة كلية وان حمل السلب في الثانية على رفع الايجاب المكي دون السلب الكلي فكلية الاولى مقررة وأداة سور الكلية هي الام الاستغراقية الداخلة على الحياة الدنيا وليست أداة سورها بمحصنة في لفظة كل بل كل ما يدل على الكلية من الالفاظ فهو أداة سورها كما صرحوا به ثم أقول في الجواب الذي ذكره صاحب العناية نظر فان قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بمحرام جيد وأما قوله وهو ما استثناء النبي عليه السلام فلا لان القياس المذكور انما ينتج أن بعض اللهو واللعب وهو الحياة الدنيا ليس بمحرام فان الذي كان حراماً أوسط في ذلك القياس هو الحياة الدنيا فهي المراد ببعض في النتيجة ونظيره هذا ما اذا قلنا كل انسان حيوان ولا شيء من الانسان بفرس فانه ينتج أن بعض الحيوان الذي هو الانسان ليس بفرس لأن بعضه أي بعض كان ليس بفرس والالم يكن للحد الاوسط تأثير ودخل في النتيجة وليس كذلك قطعاً وهذا كله غير خاف على من له دربة بعلم الميزان فاذا كانت النتيجة في القياس المذكور أن بعض اللهو واللعب الذي هو الحياة الدنيا ليس بمحرام فلا معنى لتخصيصه بالصورتين الثلاث المستثنى في الحديث لان ما لا يحرم من أمور الحياة الدنيا كثير لا يحصى فما الوجه للتخصيص على أن ما ذكره من الجواب لا يحسم مادة السؤال لا مكان أن يورد السؤال بصورة القياس الاستثنائي ويقال لو كانت الملائكة كلها حراماً لما كانت الحياة الدنيا أيضاً حراماً لانها لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا انما الحياة الدنيا لعب ولهو ولكن الحياة الدنيا ليست بمحرام ينتج أن الملائكة كلها ليست بمحرام ولا شك أن الجواب المذكور لا يتمشى حينئذ فالصواب في الجواب أن يقال ليس المراد بقوله تعالى اعلموا انما الحياة الدنيا لعب ولهو أنها لعب ولهو حقيقة بل المراد والله أعلم أنها كالعاب ولهو على طريق التشبيه البليغ يعني أنها كالعاب والله في سرعة فناءها وانقضائها صرح به في التفسير فلا يلزم من عدم حرمة الحياة الدنيا عدم حرمة اللعب واللهو أيضاً كما لا يخفى (قوله وكذا قول أبي حنيفة ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون) يعني يدل أيضاً قول أبي حنيفة ابتليت على أن الملائكة كلها حرام لان الابتلاء لا يكون الا بالمحرم وقد أشار الى هذا القصر بتقديم الجار والمجرور على الفعل في قوله بالمحرم يكون أقول لقائل أن يقول دلالة قوله ابتليت على حرمة ما وجدته مسلمة بناء على أن الابتلاء لا يكون الا بالمحرم وأما دلالة على حرمة كل الملائكة كما هو المدعى فممنوعة كيف وقد قال ابتليت بمذمومة انتهى ولا شك أن ما ابتلي به مرة لا يكون كل الملائكة بل انما يكون شيئاً معيناً منها واغترض عليه صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال في شرح الوقاية قالوا قوله ابتليت يدل على الحرمة ويمكن أن يقال ان الصبر على الحرام لا إقامة السنة لا يجوز والصبر الذي قاله أبو حنيفة جاز أن يكون جالساً معرضاً عن ذلك اللهو ومنكره غير

وقوله (وكذا قول أبي حنيفة) معطوف على قوله ودلت المسئلة

فصل في اللبس لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية ذكر تفصيل ما يحتاج اليه الانسان وقدم اللبس لكثرة الاحتياج اليه قال (لا يحل للرجل لبس الحرير ويحل للنساء الخ) لما ذكر الحرمة والحل استدل على الحرمة بقوله صلى الله عليه وسلم اغما بلبسه من لاخلق له في الآخرة وهو عام في الذكور والانثى لزم أن يقول (وانما حل للنساء) (بحديث آخر) فان قيل الحديث الدال

(٩١)

على حله لمن امان أن يكون قبل الاول فينسخ به أو بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا أولا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخر الثلاث يلزم النسخ مرتين فالجواب أنه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير تكبير وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم

فصل في اللبس (قوله)

لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية) أقول فيه بحث فان أول الفصول معقود لبيان الاكل والشرب كما ترى وقبول الاخبار وغيره مذكور لاجله لعلقه به والتعميم بمنزلة التوضي اذا أخبر بنجاسة الماء ليتم الفائدة وهو ظاهر (قوله وقدم اللبس الخ) أقول بل المقدم هو الاكل والشرب لشدة الاحتياج (قوله واستدل على الحرمة بقوله عليه الصلاة والسلام اغما بلبسه من لاخلق له في الآخرة وهو عام في الذكور والانثى) أقول لم يتعرض لعموم النهي لانه لا يظهرية العموم فيما ذكره مع أنه فسر قول

فصل في اللبس قال (لا يحل للرجل لبس الحرير ويحل للنساء) لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباغ وقال اغما بلبسه من لاخلق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حريرا وبالأخرى ذهب وقال هذان محرمان علي ذكر أمتي حلال لانا نهم ويروي حل لانا نهم مشغل ولا متلدذبه انتهى أقول ذلك ساقط لان اجابة الدعوة وان كانت سنة ابتداء الا أنها تصير واجبة بقاء حيث يلزمه حق الدعوة بعد الحضور لا التزامه الاجابة بالحضور كما هو الشأن في سائر النوافل من الصلاة والصوم ونحوهما فان كلامها تصير واجبة بالشروع فيها فكان الصبر على الحرام فيما قال أبو حنيفة لاقامة الواجب فيجوز كما في صلاة الجنائز اذا حضرته النباحة وقد مر منامثل هذا الجواب فيما قبل فتذكر ثم ان جواز كون أبي حنيفة جالسا معرضا عن ذلك اللهم منكرا له غير مشغل ولا متلدذبه لا يدفع حرمة ذلك اللهم ولا حرمة الجلوس عليه اذ قد ذكر في الكافي والشروح أن الصدر الشهيد روى في كراهية الواقعات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال استماع الملاهي معصية والجلوس عليه فاسق والتلدذ بهم من الكفر ومدلول هذا الحديث أن مجرد الجلوس على الله وفسق فاني بتصور اختيار ذلك من مثل الامام الاعظم لو لم يعارض وجوب اجابة الدعوة بعد الحضور شر من ذلك فتأمل وقد أورد صاحب الاصلاح والايضاح ما أورده صدر الشريعة مع زيادة بعض من المقدمات سيما في أول ابراه حيث قال بعد قوله ودل قوله على حرمة كل الملاهي لان الابتلاء بالمحرم يكون كذا قالوا وفيه نظر فان الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحا ومنه قوله عليه السلام من ابتلى بالقضاء الحديث ثم ان الصبر على الحرام رعاية لحق الدعوة لا يجوز لان السنة ترك حذر عن ارتكاب المحذور فالظاهر أنه جالس معرضا عن ذلك اللهم منكرا له غير مستعمله فلم يتحقق منه الجلوس على الله وفعل هذا لا يكون مبتلى بمحرام انتهى وقد نقله بعض المتأخرين بتقصير ونحوه وعزاه في الحاشية الى صاحب الاصلاح والايضاح ثم قصده درده فاني بكلام مفصل مشوش قابل للدخل والخروج تركنا ذكره وبيان ما فيه تحاشيا عن الاطناب الممل ومن شاء فليراجع كتابه

فصل في اللبس قال صاحب التباية لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الانسان مما يحتاج اليه بالفصول فقدم اللبس على الوطء لان الاحتياج الى اللبس أشد منه الى الوطء انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب العناية في هذا المعنى ولكن بعبارة أقصر أقول صدور هذا التوجيه منهما في غاية الاستبعاد فان مقتضاء الغفلة عما تقدم من الفصل الاول المعقود لبيان الاكل والشرب وما ذكره فيه من مسائل كثيرة متعلقة بالاكل والشرب مقصودة بالذات غير صالحة لان تكون من مقدمات مسائل الكراهية كما ترى والصواب في وجه الترتيب أن يقال قدم فصل الاكل والشرب لان احتياج الانسان الى الاكل والشرب أشد وعقبه بفصل اللبس فقدمه على فصل الوطء لان احتياج الانسان الى اللبس أكثر من احتياجه الى الوطء لتحقيق الاول في جميع الاوقات دون الثاني وقد أشير الى هذا التوجيه في معراج الدراية (قوله وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة الى آخره) لما ذكر حرمة لبس الحرير على الرجال وحله للنساء واستدل على الحرمة بما يعي الرجال والنساء لزمه أن يقول وانما حل للنساء بحديث آخر فان قيل المحرم والمباح اذا اجتمعا يجعل المحرم متأخرا كي لا يلزم النسخ مرتين وهما لو تأخر

المصنف لهما العمومات بالنهي عن لبس الحرير أيضا لاحتمال توهم دعوى الخصوص بالرجال في النهي مستندا بلفظ لا تلبسوا (قوله اما أن يكون قبل الاول فينسخ به الخ) أقول فان قيل ينبغي أن ينسخ أيضا في الوجه الاول قلنا للمحرم رجحان فتأمل (قوله أو بعده فيتعارضان) أقول بل ينسخ الاول به فلا غشية للسؤال وهو حاصل الجواب

(الأن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربعة كالأعلام والمكفوف بالحرير) لما روى أنه عليه السلام نهى عن لبس الحرير إلا موضع أصبعين أو ثلاثة أو أربعة أراد الأعلام وعنه عليه السلام أنه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال (ولابأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة وقالوا بكره) وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد بن محمد بن يوسف وأما ذكره في دورى وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب

قوله عليه السلام هذان حرامان الحديث يلزم النسخ مرتين في حق الأنث فيجعل قوله عليه السلام حل لانهن مقدما قلنا قوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة يحتمل أن يكون بيانا لقوله حرامان على ذكر أمتي لأن هذا وعيد لا بيان حكم فيحمل عليه تقليلا للنسخ ولأن قوله هذان حرامان الحديث نص لبيان التفرقة في حق الطل والحرمه للذكور والآنث وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة لبيان الوعيد في حق من لبس الحرام فكانا كالظاهر والنص والنص راجع على الظاهر أو نقول الدليل دل على أن مقتضى الحل للأنث متأخر وهو استعمال الأنث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير تكبير وهذا آية قاطعة على تأخره كذا ذكر السؤال والجواب في شرح تاج الشريعة والكفاية قال صاحب العناية في تفسير السؤال والجواب هنا فان قيل الحديث الدال على حله لهن أما أن يكون قبل الأول فيمنسح به أو بعده فيمتعارضان لأن العام كالخاص في إفادة القطع عندنا ولا يعلم التاخير فيجعل المحرم متأخر التاخير يلزم النسخ مرتين فالجواب انه بعد بدليل استعمالهن إياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير تكبير وذلك آية قاطعة على تأخره فيمنسح به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع انتهى كلامه أقول تقرير السؤال على الوجه الذي ذكره صاحب العناية ليس بسديد لأن التردد المثلث المذكور فيه قبيح جدا بل محتمل المعنى فانه ان أراد بقوله في الشق الثاني فيمتعارضان أنهما حيث يتعارضان فيمتسايطان فليس يصحح إذا المؤخر يكون ناسخا للقدم البتة عند التعارض والتساوي في القوة وانما التساوي فيما إذا لم يعلم التاريخ ولم يمكن الجمع بينهما بطلب المخلص كما تقر كل ذلك في علم الأصول وان أراد بذلك أنهم ما يتعارضان ويكون المؤخر ناسخا للقدم فهو يدفع السؤال عن المقام فلا وجه لدرجه في جانب السؤال وأقول في الجواب الذي ذكره أيضا شيء وهو أنه ذكر في الشرح وسائر المعبريات أنه قال بعض الفقهاء لبس الحرير حرام على النساء أيضا العموم انتهى ولما حدث الطحاوي عن أبي بكره عن أبي داود عن شعبة قال أخبرني أبو ذبيان قال سمعت ابن الزبير يخطب يقول يا أيها الناس لا تلبسوا نساءكم الحرير فاني سمعت عمر بن الخطاب يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة فقد ظهر أن بعض الفقهاء سيما ابن الزبير رضي الله تعالى عنه أنكروا استعمال النساء الحرير فكيف يتم أن يقال في الجواب انه بعد بدليل استعمالهن إياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير تكبير فتأمل ثم قال صاحب العناية فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان إشارة إلى جزيين فمن أين العموم أجيب بأن المراد الجنس وليس أن كان شخصا غيره ملحق به بالدلالة انتهى أقول فيه بحث وهو أنه قد تقرر في علم الأصول أن عبارة النص ترجع على إشارته وإشارته ترجع على دلالة فعله تقيديا أن يكون غير الشخص المشار إليه في قوله عليه الصلاة والسلام هذان حرامان الحديث ملحق به بالدلالة يلزم أن يرجع الحديث الدال عبارة أو إشارة على حرمة لبس الحرير مطلقا على الذكر والأنثى كقوله عليه السلام انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة على هذا الحديث في حق ما أفاده دلالة وهو حل لبس الحرير الذي هو غير الشخص المشار إليه في هذا الحديث للنساء فيلزم أن لا ينتهض هذا الحديث حجة لحل لبس الحرير الغير المشار إليه في الحديث للتساوي بين ثبت العموم (قوله ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة وقالوا بكره) قال الشراح يعني

وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان إشارة إلى جزيين فمن أين العموم أجيب بأن المراد الجنس وليس أن كان شخصا غيره ملحق به بالدلالة وقوله (قالوا بكره) يعني للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس

(قوله وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع) أقول على أن الإباحة الأصلية ليست بحكم شرعي فلا يلزم تكرار النسخ على ما حقق في مقامه (قال المصنف) الأن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربع أقول الأصبع يذكر ويؤتى فذكر في ثلاثة وأنت في أربعة (قوله وقالوا بكره) يعني للرجل والمرأة جميعا أقول كيف يقولان في قوله عليه الصلاة والسلام حلال لانهن

لهما العمومات ولانه من زى الا كسرة والجبارة والنسبه بهم حرام وقال عمر رضى الله عنه
اياكم وزى الاعاجم وله ما روى أنه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله
ابن عباس رضى الله عنهما مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل
من اللبس والاستعمال والجامع كونه غمزجا على ما عرف قال (ولا بأس بلبس الحرير والديباج في
الحرب عندهما) لما روى الشعبي أنه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه
ضرورة فان الخالص منه أرفع لمعرة السلاح وأهيب في عين العدو وبريقه (ويكره عند أبي حنيفة)
لانه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لم يتنزه حرير وسداه غير ذلك والمحظور
لا يستباح الا للضرورة

للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس وما أخذهم الخلاصة فانه قال فيها الرجل والمرأة في هذا سواء بخلاف
اللبس وعن هذا قال في النهاية كذا في الخلاصة وقال في معراج الدراية ذكره في الخلاصة أقول تعميم
قول الامام في هذا للمرأة أيضا مشكل فان قول النبي صلى الله عليه وسلم حلال لانا منهم ليس بمقيد باللبس
بل الظاهر أنه يعم التوسد والنوم عليه أيضا وهما مع كونهما مستدلين على مدعا هما هما بالعمومات
كيف يتركان العمل بعموم هذا الحديث المشهور الذي روته جماعة من كبار الصحابة رضى الله عنهم
(قوله لهما العمومات) قال صاحب النهاية وهي ما ذكره من قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه
من لا خلاق له في الآخرة وما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه استقبل جيشا من الغزاة رجوعا بغنائم
ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم أعرض عنهم فقالوا لم أعرضت عنا قال لاني رأيت عليكم ثياب أهل
النار انتهى واقتفى أثره صاحب العناية في بيان المراد من العمومات بهذه المذكورات أقول حمل العمومات
على هذه المذكورات لا يكاد يتم لان مدلول كل من هذه المذكورات انما هو حرمة لبس الحرير والكلام
ههنا في توسد والنوم عليه والظاهر أنهما ليسا بلبس اذ لا يقال لمن توسد شيئا أو نام عليه أنه لبسه لافي اللغة
ولا في العرف فاني يوجد العموم اللهم الا أن يقال التوسد والاقتراش وان لم يكونا لبسا في الحقيقة الا أنهما
في حكم اللبس في تحقق الاستعمال والانتفاع به ما فصارا لمحققين باللبس عندهما وكان مرادهما بالعموم هو
العموم دلالة لا عبارة لكنه تعسف جدا كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في بيان العمومات وهي هذان
حرامان الحديث وقوله عليه السلام لان أتكني على جرة الغضا أحب الي من أن أتكني على مرفقة حرير
وعن علي رضى الله عنه أنه أتى بدابة على سرجهما حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة انتهى واقتفى
أثره صاحب الكفاية في هذا البيان أقول هذا أشبه من الاول ولكن فيه أيضا شئ فان العموم في
الحديث الاول ظاهر حيث لم يقيدها حرمة فيه بشئ من اللبس والتوسد وغيرهما وأما في الاخيرين
فلان الثاني مخصوص بالاتكاه والثالث مخصوص بما يفعل في السرج من القعود والاقتراش فلم يظهر
في شئ منهما العموم الا أن يتطرق في الثالث الى مجرد قوله هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة مع قطع النظر عما
قبله فحينئذ يتحمل العموم كما ترى (قوله والمحظور لا يستباح الا للضرورة) قال بعض المتأخرين قوله والمحظور
لا يستباح الا للضرورة يوهم أن ما لم يتنزه حرير وسداه غير مباح في غير الحرب أيضا فحق التعبير والضرورة
اندفعت باباحة الأدنى فلا حاجة الى استباحة الأعلى ولو حملنا المعنى على المحظور لا يستباح الا للضرورة فاذا
أمكن اندفاعها بالأدنى منه لا يصار الى استباحة الأعلى كان الكلام من قبيل الإيجاز الخلل الى هنا كلامه
أقول ليس هذا بشئ فان جميع مقدماته مجروح أما قوله والمحظور لا يستباح الا للضرورة يوهم أن ما لم يتنزه
حرير وسداه غير مباح في غير الحرب أيضا فلان ذلك الإيهام انما يتصور أن لو تحققت الضرورة في غير
الحرب أيضا وليس فليس وأما قوله فحق التعبير والضرورة اندفعت باباحة الأدنى فلا حاجة الى استباحة
الأعلى فلان حق التعبير كيف يكون ذلك ويرد عليه أن يقال يجوز أن يكون استباحة الأعلى للتوسعة بها

وقوله (لهما العمومات)
يريد به قوله نهى عن لبس
الحرير وقوله انما يلبسه من
لا خلاق له في الآخرة وما
روى عن عمر رضى الله عنه
أنه استقبل جيشا من
الغزاة رجوعا بغنائم ولبسوا
الحرير فلما وقع بصره عليهم
أعرض عنهم فقالوا لم
أعرضت عنا قال لاني أرى
عليكم ثياب أهل النار
والمرقة بكسر الهمزة وسادة
الانكاه وقوله (والجامع
كونه غمزجا) يريد به أن
المستعمل يعلم بهذا المقدار
لذمة ما وعد له في الآخرة منه
ليرغب في تحصيل سبب
بوصلة اليه وقوله (لا فصل
فيما رويناه) يريد به قوله
صلى الله عليه وسلم هذان
حرامان على ذكور أمتي

(قوله يريد به قوله نهى عن
لبس الحرير) أقول التوسد
والنوم عليه ليس لبسا
فكيف يستدل به الآن
يقال ذلك في معناه وقدم
مثله في الفصل الاول

وقوله (والخز مسدي بالحرير) قيل هو اسم ثوب مسداه حرير ولجته صوف حيوان في الماء وجملته وجوه هذه المسائل ثلاثة الاول ما يكون كاه حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق وأما في الحرب فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز وعندهما يجوز وقد مر الوجه من الجانبين والثاني ما يكون سداه حريرا ولجته غيره فلا بأس بلبسه في الحرب وغيره لأن الحكم اذا تعلق بعله ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا واللعمة كذلك والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب للضرورة وهو ابتاع الهبة في عين العدو ليريقه ودفع معزة السلاح ولا ضرورة في غيره فيكون مكروها وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللعمة روى هشام عن محمد رحمه الله أنه ما كان يرى باللباس المرتفع جدا بأسا قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وعليه رداء قيمته ألف درهم وربعاً قام الى الصلاة وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم وأبو حنيفة كان يرى برداء قيمته أربعمائة دينار وقد قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده

وما رواه محمول على المخلوط قال (ولا بأس بلبس مسداه حرير ولجته غير حرير كالقطن والحرير في الحرب وغيره) لأن الصحابة رضی الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدي بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدي وقال أبو يوسف أكره ثوب القز يكون بين القز والظهار ولا أرى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال (وما كان لجته حريرا وسداه غير حرير لا بأس به في الحرب) للضرورة (ويكره في غيره) لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا

لأن الحاجة اليها فلا بد في دفع ذلك من المصير الى قول المصنف والمخطو لا يستباح الا للضرورة وأما قوله ولو جلتا المعنى الى قوله كان الكلام من قبيل الایجاز المخل فلانه انما يكون الكلام على ذلك المعنى من قبيل الایجاز المخل أن لو كان قوله فاذا أمكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى مقدرا في كلام المصنف وأما اذا كان مضمون ذلك القول مفهوما من المقدمة السابقة وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط كما هو حقيقة الحال فلا يوجب الایجاز المخل في الكلام الذي ذكره المصنف كما لا يخفى وكان ذلك البعض لم يلاحظ ارتباط هذه المقدمة أعني قوله والمخطو لا يستباح الا للضرورة بالمقدمة السابقة عليها وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط ولا شك أن قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط شروع في الجواب عن دليلهما العقلي وهو قولهما ما ولان فيه ضرورة الخ وقد اعترف به ذلك البعض في شرحه المقام ثم لا يذهب على الفطن أن الجواب عن ذلك لا يتم بمقدمة واحدة فقوله والمخطو لا يستباح الا للضرورة من تمام الجواب والمعنى أن المخطو الشرعي لا يستباح الا للضرورة والضرورة فيما نحن فيه قد اندفعت بالمخلوط الذي لجته حرير وسداه غير ذلك فلا مجال لاستباحة الخالص منه فالقدمة الثانية في تقرير المصنف مقدمة في المعنى الا أنه أخرها في الذكر لكون مساس المقدمة الاولى بدليلها العقلي أكثر وتأثيرها في الجواب عن ذلك الدليل أظهر فلا غبار في كلام المصنف ههنا أصلاً تأمل ترشد (قوله وما رواه محمول على المخلوط) أقول فيه تطر لان ما رواه ترخيص النبي صلى الله عليه وسلم في لبس الحرير والديباج في الحرب والمخل على المخلوط ان صح في الحرير لا يصح في الديباج لان الديباج في اللغة والعرف ما كان كاه حريرا قال في المغرب الديباج الذي سداه ولجته ابريسم وقال الشراح جملته وجوه هذه المسئلة ثلاثة الاول ما يكون كاه حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق وأما في الحرب فعند أبي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز والثاني ما يكون سداه حريرا ولجته غيره فلا بأس بلبسه في الحرب وغيره والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب دون غيره فقد صرحوا في كلامهم ههنا بان الديباج ما كان كاه حريرا فلا مجال للحمل على المخلوط في حقه (قوله ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللعمة فكانت هي المعتبرة دون السدي) قال جمهور الشراح في تعليل هذا الحكم اذا تعلق بعله ذات وصفين يضاف الحكم الى آخرهما واللعمة آخرهما انتهى وقال بعض المتأخرين وقد يقال لان الثوب لا يكون ثوبا باللباس والشئ اذا تعلق وجوده بشئتين يضاف الى آخرهما وجودا أقول لا يخفى أن المصنف لم يعتبر في التعليل كون اللحمة أخرج جزء من الثوب ولم يلتفت فيه الى المقدمة الثالثة اذا تعلق وجود شئ بشئتين يضاف الى آخرهما وجودا فيكون كل مما ذكره لا مستقلا منقطعا عن الآخر يرشد اليه قول الزبلي لان الثوب لا يصير ثوبا بالانسيج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة أو نقول الثوب لا يكون ثوبا باللباس فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر آخرهما وهو اللحمة انتهى لكن لا يخفى عليه ذلك أن القول بأن النسج يكون باللحمة وهم يل هو باللحمة والسدي معافا لتعويل على الدليل الثاني وهذا عدل عنه صاحب الكافي وقال ولانه بالنسج يصير ثوبا وهو باللحمة والسدي فيضاف كونه ثوبا الى آخر الامرين وهو اللحمة وجعلت حكما في الاباحة ثم الفرق بين ما ذكره المصنف وبين ما نقلناه من

عليه وسلم هذان حرامان علي ذكور أمتي ولا بالفضة لأنه في معناه فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان علي ذكور أمتي لكونه خبر الواحد لا يعارض قول الله تعالى قل من حرم زينة الله الآية ولا يقيد به التقييد نسخ فالجواب أنه مشهور متفق عليه نقلته الأمة بالقبول فجاز التقييد به وقوله (وقد جاء في إباحة ذلك آثار) هو ما روي أنه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاتم فضة فنهقه ونقشه محمد سطر ورسول سطر والله سطر وعن معاذ رضي الله عنه أنه كان له خاتم من فضة ونقشه محمد رسول الله فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ألم مانقش خاتمك يا معاذ فقال محمد رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام آمن كل شيء من معاذ حتى خاتمته ثم استوهبه النبي صلى الله عليه وسلم من معاذ فوهبه منه فكان في يده صلى الله عليه وسلم إلى أن توفي ثم كان في يده أبي بكر رضي الله عنه إلى أن توفي ثم كان في يده عمر رضي الله عنه إلى أن توفي ثم كان في يده عثمان رضي الله عنه حتى وقع من يده في البر فأنفق

قال (ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب) لما روينا (ولا بالفضة) لأنها في معناه (الابا خاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة) بحذف المعنى النموذج والفضة أغنت عن الذهب إذ هما من جنس واحد وكيف وقد جاء في إباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم إلا بالفضة وهذا نص على أن التختيم بالجهر والحديد والفضة حرام ورأى رسول الله عليه السلام على رجل خاتم صفر فقال مالي أجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال مالي أرى عليك حلية أهل النار

الدليلين مع كونه ظاهرا خفي على بعض الشراح حيث علل الأول بالثاني إلى هنا لفظ ذلك البعض أقول لم يصب ذلك في رأيه ههنا بل خرج عن سنن السداد إذ لا يخفى على ذي مسكة أن الدليل الذي ذكره المصنف لا يفيد المدعى بدون المصير إلى المقدمة القائلة أن الحكم إذا تعلق بشيئين يضاف إلى آخرهما لأن النسخ إنما يحصل بالحمية والسدى معال بالحمية وحدها إذ النسخ إنما هو تركيب الحمية بالسدى كما صرحوا به فلا يثبت كون الاعتبار بالحمية دون السدى إلا بملاحظة تلك المقدمة فإذا لم يقدم ما ذكره المصنف المدعى بدون المصير إلى تلك المقدمة لم يبق احتمال أن يكون هذا دليلا مستقلا وتلك المقدمة دليلا آخر فلا جرم نبه جمهور الشراح على كون تلك المقدمة معتبرة فيما ذكره المصنف بضمهم إياه إليه بطريق التعليل لقوله فكانت هي المعتبرة دون السدى وأصابوا فيما فعلوا حيث جملوا الدليل الذي ذكره المصنف على المعنى الصحيح التام مع تحمل كلامه إياه فان عدم اعتباره في التعليل كون الحمية آخر جزء من الثوب ليس اعتبارا بعدمه وعدم التفاته فيه إلى النص صريح بتلك المقدمة يجوز أن يكون بناء على ظهور اعتبارها فيه واعتمادا على تقريره في كلمات المشايخ وليس في كلامه ما يمنع فانه قال والنسخ بالحمية بدون القصر عليها فكانت قال وتتمام النسخ أو آخر النسخ بالحمية والعجب من ذلك البعض أنه مع اعترافه بطلان ما ذكره المصنف بدون اعتبار حديث إضافة الحكم إلى آخر الجزأين حيث قال لكن لا يخفى عليك أن القول بأن النسخ يكون بالحمية وهم بل هو بالحمية والسدى معاجل ما ذكره المصنف دليلا مستقلا بدون المصير إلى تلك المقدمة فاختار بطلان ما ذكره المصنف في التعليل حينئذ وشنع على الشراح المصلحين كلامه بعدم الفرق بين ما ذكره المصنف وغيره وما غرزه الأعباء الزبلي ولم يتطروا ولم يلتفت إلى ما وقع في كلامه فقول المشايخ من جعل المجموع دليلا واحدا منهم صاحب البدائع فانه قال في تقرير الدليل المذكور أن الثوب يصير ثوبا بالحمية لأنه إنما يصير ثوبا بالنسخ والنسخ تركيب الحمية بالسدى فكانت الحمية كالوصف الأخير فيضاف الحكم إليه انتهى ومنهم صاحب المحيط فانه أيضا قال في تقرير ذلك لأن الثوب إنما يصير ثوبا بالنسخ والنسخ إنما يأتي بالحمية آخرهما فيضاف صبروته ثوبا على الحمية فإذا كانت الحمية من الحرير كان الكل حريرا كما انتهى ومنهم صاحب الكافي فانه أيضا جامع كناية لذلك البعض ثم انه يجوز أن يكون مراد الزبلي بقوله أو نقول الخ تقرير بذلك الدليل بعبارة أخرى من غير تعرض لقيس النسخ لذكر دليل آخر مستقل مغاير للأول في المعنى والمآل يرشد إليه أنه قال بعد ذلك ولأن الحمية هي التي تظهر في المنظر فتكون العبرة بما يظهر دون ما يخفى انتهى حيث أعاد حرف التعليل وهي اللام في هذا الدليل إشارة إلى استقلاله ولو كان مراده بما ذكره بقوله أو نقول الخ إيراد دليل آخر مستقل لا عاد اللام فيه أيضا تبصر (قوله ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لأنها في معناه) أقول لما منع أن يمنع كونه في معناه كيف وقد صرح فيما بعد بأنها أدنى منه حيث قال في تعليل حرمة التختيم بالذهب على الرجال ولأن الأصل فيه التحريم والإباحة ضرورة التختيم أو النموذج وقد داندفت بالأدنى وهو الفضة ولا يخفى أن الأدنى لا يكون في معنى الأعلى وتوضيحه أن مقصود المصنف بقوله لأنها في معناه إثبات عدم جواز التحلي بالفضة للرجال بدلالة النص الوارد في حرمة الذهب على الرجال وهو قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان علي ذكور

ملا عظيم في طلبه فلم يجده فوقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك وأنى بلفظ الجامع الصغير لإداه الحصريه

(ومن الناس من أطلق) منهم شمس الأئمة السرخسي رحمه الله فقال الأصح أنه لا بأس به كالعقيق فإنه مبارك تختم به النبي صلى الله عليه وسلم ولأنه ليس بجوهر زجاجي له ثقل الحجر وأطلق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير يدل على تحريمه ولأنه يتخذ منه الأصنام فأشبهه الصفر الذي هو المنصوص عليه (٩٦) وقوله (لما رويناه) إشارة إلى قوله هذان حرامان ومن الناس من جواز التختم بالذهب

لماروي عن البراء بن عازب رضي الله عنه أنه ليس خاتم ذهب وقال كسانبه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن النهي عن استعمال الذهب والفضة سواء فلما حل التختم بالفضة لقلته ولكونه غوذاً وجعل كالعلم في الثوب فكذا في الآخر والجواب أنه منسوخ بحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتماً من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب فرمى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا ألبسه أبداً فرماه الناس وقوله (ويجعل الفص إلى باطن كفه) أي لأنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا وقوله (وعن أبي يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما) يعني اختلاف المشايخ في قول أبي يوسف فنهى عن ذلك قوله مع أبي حنيفة رحمه الله هكذا ذكره الكرخي رحمه الله وذكر في الأماشي مع قول محمد رحمه الله والكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ماء كانت

ومن الناس من أطلق الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بجوهر زجاجي له ثقل الحجر وأطلق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه (والتختم بالذهب على الرجال حرام) لما رويناه عن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولأن الأصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم أو النموذج وقد اندفعت بالأدنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لأن قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ويجعل الفص إلى باطن كفه بخلاف النسوان لأنه تزين في حقهن وانما يتختم القاضي والسلطان حاجته إلى الختم وأما غيرهما فالأفضل أن يتركه لعدم الحاجة إليه قال (ولا بأس بسمار الذهب يجعل في حجر الفص) أي في ثقبه لأنه تابع كالعلم في الثوب فلا يعدل بأسه قال (ولا تشد الأسنان بالذهب وتشد بالفضة) وهذا عند أبي حنيفة وقال محمد لا بأس بالذهب أيضاً وعن أبي يوسف من مثل قول كل منهما لهما أن عرجة بن أسعد الكندي أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفاً من فضة فأنشأ فأمروا النبي عليه السلام بأن يتخذ أنفاً من ذهب ولا يحنيفة أن الأصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الأدنى فبقى الذهب على التحريم والضرورة فيما روى لم تدفع في الأنف دونها حيث أتت قال (ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير) لأن التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم اللباس كالحرير لما حرم شربه حرم سقيه قال (وتكره الخرق التي تحمل فيمسخ بها العرق) لأنه نوع تجبر وتكبر (وكذا التي يمسح بها الوضوء أو يخط بها) وقيل إذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره إذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالتربع في الجلوس

أمتي وقد تقررت في علم الأصول أن شرط دلالة النص أن يكون المسكوت عنه أولى من المنطوق في الحكم الثابت للمنطوق أو مساوياً له ولا يجوز أن يكون أدنى منه وليس الأمر في الفضة كذلك لما عرفت قوله ومن الناس من أطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بجوهر زجاجي له ثقل الحجر) أقول الاستدلال على عدم حرمة التختم بالذهب لانه ليس بجوهر مما لا حاصل له لأن ما ليس بجوهر قد يكون مما يحرم التختم به بلا خلاف كالحديد والصفر ولم يرد نص في حرمة التختم بالحجر كوروده في الذهب والحديد والصفر حتى يكون المقصود من نفي كونه حجراً هو الاحتراز عن كونه مورد نص الحرمة بل ورد النص في جواز التختم ببعض الأحجار كالعقيق فإنه روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق وقال يتختموا بالعقيق فإنه مبارك كما ذكر في الكافي وغيره فكان الثابت بكونه حجراً أظهر نفعاً في إثبات مدعى من قال بعدم حرمة التختم به من نفي كونه حجراً وعن هذا قال الإمام فاضل خان في شرح الجامع الصغير وفي فتاواه ظاهر لفظ الكتاب يقتضي كراهة التختم بالحجر الذي يقال له يشب والصحيح أنه لا بأس به لأنه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر بل هو حجر وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه يتختم بالعقيق انتهى كلامه (قوله والتختم بالذهب على الرجال حرام) قال بعض المتأخرين هذا نص صريح بما علم من قوله إلا بالخاتم إلا أنه ذكره توطئة لما فصله من دلائله انتهى أقول ليس ذلك بسد دلالة معنى قوله إلا بالخاتم إلا أنه يجوز للرجال التحمل بالخاتم لانه استثناء من قوله ولا يجوز للرجال التحمل بالذهب ولا بالفضة والاستثناء من النفي إثبات بل لا ريب وما ذكره ههنا حرمة التختم بالذهب على الرجال فكيف يكون هذا نص صريح بما علم من قوله إلا بالخاتم والتخالف بين نفي جواز النسئ وإثباته ضروري ولو قال هذا نص صريح بما فهم من قوله من الفضة في قوله إلا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة على القول بأن مفهوم

عنده وقعة لهم وقوله (وهو الصحيح) لأن عامة المسلمين استعملوا هكذا في عامة البلدان لدفع الأذى عن الثياب النفيسة ولا ومارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وقد جاء في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يمسح وضوءه بالخرقة في بعض الأوقات فلم يكن بدعة وحاصله أن كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه بدعة وما فعل لحاجة وضرورة لا يكره وهو تطير التربع في الجلوس والانتكاه

ومعنى قول الشاعر أن الرجل إذا خرج في سفر عمد إلى شجر يقال له رتم فشد بعض أغصانه ببعض فإذا رجع وأصابه على تلك الحالة قال لم تخني امرأتى وإن أصابه وقد انحل قال خانتني هكذا المروي عن الثقات إلا أن البيت ذكر الرتم بمعنى الرتبة وهي خيط التذكيرة يعقد بالأصبع وكذلك الرقة قال الشاعر

إذا لم تكن حاجتنا في نفوسكم * فليس بمن عنك عقد الرناتم

بمعنى الهذرو اللعب والله أعلم

(٩٧)

والتعقاد مصدر بمعنى العقد للبالغسة على وزن التفعال كالتهدار والتلعاب

فصل في الوطء والنظر واللمس
واللمس

مسائل النظر أربع نظر الرجل إلى المرأة ونظرها إليه ونظر الرجل إلى الرجل ونظر المرأة إلى المرأة والاولى على أربعة أقسام نظره إلى الأجنبية الحرة ونظره إلى من يحل له من الزوجة والامة ونظره إلى ذوات محارمه ونظره إلى أمة الغير قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية الخ) القياس أن لا يجوز نظر الرجل إلى الأجنبية من قرنها إلى قدمها إليه أشار قوله صلى الله عليه وسلم المرأة عورة مستورة ثم أبيع النظر إلى بعض المواضع وهو ما استتمناه في الكتاب بقوله الأوجهها (وكفيها) للحاجة والضرورة وكان ذلك استحضاراً لكونه أرفق بالله أس قال الله تعالى ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها وفسر ذلك على وابن عباس رضي الله عنهما بالكل والخاتم والمراد موضع الكف واللمس هو الأوجه الأجنبيّة كما هو في الاستدلال على ذلك هو المصير إلى ما جاء من الأخبار في الرخصة في النظر إلى وجهها أو كفيها منها ما روي أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه

(ولا بأس بأن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة) ويسمى ذلك الرتم والرتبة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم لا نفعنك اليوم إن همت بهم * كثرة ما وصى وتعقاد الرتم وقد روى أن النبي عليه السلام أمر بعض أصحابه بذلك ولأنه ليس بعيب لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان

فصل في الوطء والنظر واللمس قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية الأوجهها وكفيها) لقوله تعالى ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما أن المراد بالزينة المذكورة موضعها ولأن في إبداء الوجه والكف ضرورة حاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذاً وأعطاءً وغير ذلك وهذا تنصيص على أنه لا يباح النظر إلى قدمها وعن أبي حنيفة أنه يباح لأن فيه بعض الضرورة وعن أبي يوسف أنه يباح النظر إلى ذراعها أيضاً لأنه قديم منها عادة قال (فإن كان لا بأس من الشهوة لا ينظر إلى وجهها إلا للحاجة) لقوله عليه السلام من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب في عينيه إلا أن يوم القيمة

المخالفة معتبر في الروايات بالاتفاق لكان له وجه تأمل

فصل في الوطء والنظر واللمس لا يذهب على الناظر في المسائل المذكورة في هذا الفصل أن ما يتعلق منها بالوطء انما هي مسألة جواز العزل عن أمتة بغير انكاح وعدم جواز ذلك في الحرة إلا بانكاحها وأن تلك المسألة مع كون المقصود منها بيان محل جواز العزل وغير محله لا بيان حال الوطء نفسه قد ذكرت في آخر هذا الفصل فالمناسب أن يؤخذ كرا الوطء في عنوان الفصل أيضاً في فصل في النظر واللمس والوطء على ترتيب ذكر المسائل الآتية كما وقع في الكتاب والانسب من ذلك أن يبدل الوطء بالعزل في التعبير بعد التأخير ليحصل تمام الموافقة بين عنوان الفصل ومسائله ثم إن مسائل النظر أربعة أقسام نظر الرجل إلى المرأة ونظر المرأة إلى الرجل ونظر الرجل إلى الرجل ونظر المرأة إلى المرأة والقسم الأول منها على أربعة أقسام أيضاً نظر الرجل إلى الأجنبية الحرة ونظره إلى من يحل له من الزوجة والامة ونظره إلى ذوات محارمه ونظره إلى أمة الغير فبدأ في الكتاب بأول الأقسام من القسم الأول كما ترى (قوله) قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف أقول الظاهر أن المقصود من نقل قول علي وابن عباس ههنا انما هو الاستدلال على جواز أن ينظر الرجل إلى وجه الأجنبية وكفيها بقوله ما في تفسير قوله تعالى إلا ما ظهر منها فإن في تفسيره أقوالاً من الصحابة لا يدل على المدعى ههنا شيء منها سوى قولهم لا يمكن دلالة قواهم على ذلك غير واضح أيضاً الظاهر أن موضع الكحل هو العين لا الوجه كما هو كذا موضع الخاتم هو الأصبع لا الكف كله والمدعى جواز النظر إلى وجه الأجنبية كما هو إلى كفيها بالكلمة فالاولى في الاستدلال على ذلك هو المصير إلى ما جاء من الأخبار في الرخصة في النظر إلى وجهها أو كفيها منها ما روي أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه

إبداء الوجه والكف ضرورة) دليل معقول وهو ظاهر والآتي الرصاص

(١٣ - تسكملة ثامن)

(قال المصنف ولا بأس بأن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتبة) أقول قال العلامة الزبيلي الرتبة قد تشبه بالتممة على بعض الناس وهي خيط كان يربط في العنق أو في اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم على زعمهم وهو منهي عنه وذكر في حدود الأيمان أنه كفر انتهى

فصل في الوطء والنظر واللمس (قوله والاولى على أربعة أقسام نظره إلى الأجنبية الحرة) أقول الاول أن يقول إلى من لا يحل له من الأجنبية الحرة (قوله قال الله تعالى ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها وفسر ذلك) أقول يعني فسر قوله تعالى ما ظهر

فإذا خاف الشهوة لم يتظر من غير حاجة فحرزاً عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على أنه لا يباح إذا شك في الاشتباه كما إذا علم أو كان أكبر رأيه ذلك (ولا يحل له أن يمس وجهها ولا كفها وإن كان يأمن الشهوة) لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لأن فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها سبيل وضع على كفها جرة يوم القيامة وهذا إذا كانت شابة تشتهى أما إذا كانت عجوزاً لا تشتهى فلا بأس بمصاحمتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روى أن أبا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعاً فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه أسند أبا جبر عجوزاً التمرضة وكانت تغمر رجليه وتقل رأسه وكذا إذا كان شيخاً يأمن على نفسه وعليها لما قلنا

وسلم فنظر إلى وجهها ولم يرفه أرغبة ومنها ما روى أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رفاق فأعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا أشار إلى وجهه وكفيه ومنها ما روى أن فاطمة رضي الله عنها لما ناولت أحد ابنائها بلالاً أو أنساً قال رأيت كفها كأنها قلقة قرأت قطعت عنه فدل على أنه لا بأس بالنظر إلى وجه المرأة وكفها (قوله وهذا إذا كانت شابة تشتهى أما إذا كانت عجوزاً لا تشتهى فلا بأس بمصاحمتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة) قال بعض المتأخرين يريد أن حرمة مس الوجه والكف تختص بما إذا كانت شابة أما إذا كانت عجوزاً لا تشتهى فلا بأس بمصاحمتها انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح إذ لم يذكر في هذا الكتاب ولا في غيره من كتب الفقه عدم البأس بمس وجه المرأة الأجنبية وإن كانت عجوزاً وإنما المذکور هنا وفي سائر الكتب عدم البأس بمس كفها إذا كانت عجوزاً والاصل فيه ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح العجائز في البيعة ولا يصافح الشواب كما ذكر في المحيط وغيره وما روى عن أبي بكر وعبد الله بن الزبير كما ذكر في الكتاب نعم ظاهر الدليل العقلي وهو قوله لانعدام خوف الفتنة لا يابى عن التعميم لكن لا مجال لاختراع مسألة بمجرد ذلك بدون أن تذكر في الكتب نقلاً عن الأئمة أو المشايخ ثم إن تاج الشريعة اعترض على قوله لانعدام خوف الفتنة وأجاب حيث قال فإن قلت هذا تعليل في مقابلة النص وهو ما ذكر في الكتاب من مس كف امرأة ليس منها سبيل وضع على كفها جرة يوم القيامة قلت المراد امرأة تدعو النفس إلى مسها أما إذا تهربت العين من رؤيتها وانزوى الخطأ من لقاءها فلا انتهى كلامه وافتنى أثره صاحب الكفاية أقول يرد الاعمراض المذکور على قول المصنف فيما بعد وكذا إذا كان شيخاً يأمن على نفسه وعليها لما قلنا إشارة إلى قوله لانعدام خوف الفتنة كما لا يخفى وقد صرح به بعض السراخ ولا يمتشى الجواب المزبور هنا إذ الظاهر أن تلك المسألة فيما إذا كانت شابة تشتهى يدل على ذلك عطفها على قوله إذا كانت عجوزاً لا تشتهى ولا شك أن الشابة المشتهية تدعو النفس إلى مسها فكانت داخله تحت النص المذکور فلا محالة يكون التعليل بقوله لما قلنا تعليلاً في مقابلة النص وهو لا يجوز كما عرف في علم الأصول فإن قلت تلك المسألة مقيدة بأن يأمن على نفسه وعليها فلا تتحقق دعوتها النفس إلى مسها في تلك الصورة قلت إن لم تتحقق دعوتها النفس إلى مسها بالفعل في تلك الصورة فمن شأنها ذلك في كل حال والظاهر أن مراده بالمرأة المذكورة في النص المزبور هي المرأة الصالحة لأن تدعو النفس إلى مسها التي تحققت فيها دعوتها إليه بالفعل والالزام أن لا يثبت حرمة مس الرجل الشاب المرأة الأجنبية الشابة إذا آمن على نفسه وعليها تأمل توقف (قوله وكذا إذا كان شيخاً يأمن على نفسه وعليها) قال بعض المتأخرين اشتراط أمنه عليها محل تأمل لعدم كونه ذلك في وسعه لعدم الوقوف عليه اه أقول يمكن الوقوف عليه بالقرائن الحالية أو بالتجربة في تطاثرها فجاز اشتراط أمنه عليها أيضاً بناء على ذلك

وقوله (فإذا خاف الشهوة لم يتظر من غير حاجة) لقوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه لا تتبع النظرة النظرة فإن الأولى لك والثانية عليك يعني بالثانية أن يبصرها عن شهوة

(قال المصنف فإذا خاف الشهوة لم ينظر الخ) أقول تميم الحديث فإن الحديث اعتماد على تحريم النظر عند تحقق الشهوة ولم يكن المدعى ذلك بل تحريمه عند عدم الأمن هنا وشأن ما بين ما فهم ذلك إليه اهتم التقريب

وقوله صلى الله عليه وسلم أبصرها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما أي يوفق قاله للغيرة بن شعبة رضي الله عنه لما أراد أن يتزوج امرأة (والخافضة للجارية كالخاتن للغلام) يعني أن الخافضة والخاتن (٩٩) يتظران إلى العورة لأجل الضرورة

لأن الختان سنة في حق الرجال مكرمة في حق النساء فلا يستترك ويجوز للرجل أن يتظر إلى موضع الاحتقان لأنه مداواة يجوز للمرض والهزال الفاحش لكونه نوع مرض على ما روى عن أبي يوسف رحمه الله وإذا جاز الاحتقان جاز للحاقن النظر إلى موضعه

(قال المصنف والصغيرة إذا

كانت لا تشتهى بياح مسها) أقول وحاصله أنه يشترط لجواز المس أن يكونا كبيرين مأمونين في رواية وفي رواية يكتفي بأن يكون أحدهما كبيرا مأمونا لأن أحدهما إذا كان لا يشتهى لا يكون المس سببا للوقوع في الفتنة كالصغيرة ووجه الأولى أن الشاب إذا كان لا يشتهى أن يمس العجوز فالعجوز تشتهى أن يمس الشاب لأنها علمت بما لا بد من أحد الجانبين وهو حرام بخلاف ماذا كان أحدهما صغيرا لأنه لا يؤدي إلى الاشتباه من أحد الجانبين لأن الكبير كما لا يشتهى أن يمس الصغير لا يشتهى

فإن كان لا يأمن عليها لا تحل مصاحبتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة إذا كانت لا تشتهى بياح مسها والنظر إليها لعدم خوف الفتنة قال (ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد إذا أراد أداء الشهادة عليها النظر إلى وجهها وإن خاف أن يشتهى) للحاجة إلى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة ولكن ينبغي أن يقصد به أداء الشهادة أو الحكم عليها لأقضاء الشهوة فخرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح وأما المنظر لتحمل الشهادة إذا تشتهى قيل يباح والاصح أنه لا يباح لأنه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة بخلاف حالة الأداء (ومن أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بأن يتظر إليها وإن علم أنه يشتهى) لقوله عليه السلام فيه أبصرها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما ولأن مقصوده إقامة السنة لأقضاء الشهوة (ويجوز للطبيب أن يتظر إلى موضع المرض منها) للضرورة (وينبغي أن يعلم امرأة مداواتها) لأن نظر الجنس إلى الجنس أسهل (فإن لم يقدر وياستر كل عضو منها سوى موضع المرض) ثم يتطرو ويغض بصره ما استطاع لأن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كتنظر الخافضة والختان (وكذا يجوز للرجل النظر إلى موضع الاحتقان من الرجل) لأنه مداواة ويجوز للرجل وكذا الهزال الفاحش على ما روى عن أبي يوسف لأنه أماراة المرض

(قوله فإن كان لا يأمن عليها لا تحل مصاحبتها) قال بعض المتأخرين تخصيص عدم أمنه بكونه عليها غير ظاهر أيضا فإن جعلنا الضمير في علم النفس يلزم التخصيص من وجه آخر انتهى أقول الضمير في علمها للمرأة ووجه تخصيص عدم الأمن عليها بالذ كرها وهو حصول العلم بحكم عدم الأمن على نفسه دلالة من بيان حكم عدم الأمن عليها عبارة فإنه إذا لم تحل مصاحبتها عند عدم الأمن عليها لما فيه من تعريض الغير للفتنة فلان لا تحل مصاحبتها عند عدم الأمن على نفسه أو لغيره من المباشرة للفتنة بنفسه (قوله ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد إذا أراد الشهادة عليها النظر إلى وجهها وإن خاف أن يشتهى) للحاجة إلى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة قال بعض المتأخرين وقد يتور ذلك باباحة النظر إلى العورة الغليظة عند الرضا لأقامة الشهادة عليه ثم قال خطر بيالى ههنا اشكال وهو أن شهود الرضا كما صرحوا في الكتب بين حسنتين إقامة الحد والتحرز عن الهتك والستر أفضل لقوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد به عنده لو سترته بنوبك لم يكن خيرا لك وليس في الحدود حقوق الناس إلا في السرقة ولهذا يجب أن يشهد بالمال فيقول أخذت من كذا حياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر فلم يكن ما ذكر من التنوير في شيء أصلا لانعدام الحاجة وانتفاء الضرورة في الشهادة بالرضا ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود ومن أن هذا يعني كون الستر أفضل يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد الرضا ولم يتهتك به وأما إذا وصل الحال إلى اشاعته والتمسك به بل بعضهم ربما اقتضيه فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لأن مطلوب الشارع إخلاء الأرض من الفواحش وذلك يتحقق بالتوبة وبالزجر فإذا ظهر الشره في الزنا مثلا وعدم المبالاة به بإشاعته فأخلاء الأرض بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها فيجب تحقيق السبب الآخر للإخلاء وهو الحد بخلاف من زل مرة أو مرارا متسترا متخوفا متندما عليه فإنه محل استحباب ستر الشاهد انتهى أقول ما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود ولا يدفع الاشكال الذي خطر بيالى ذلك القائل إلا في مادة جزئية وهي ما إذا وصل الحال إلى اشاعة الفاحشة والتمسك بها لا فيما سواها فإن الستر فيه أفضل بلا شبهة مع أن النظر إلى العورة الغليظة عند الرضا لأقامة الشهادة عليه مباح هناك أيضا

الصغيرة أيضا أن يمس لعدم العلم كذا في شرح الزيلعي وأنت خبير بأنه يجب عما يحالفه ظاهر في الكتاب في وجه الفرق فيما ذكر في كتاب الختنى من الأصل (قال المصنف وأما النظر لتحمل الشهادة إذا تشتهى قيل يباح) أقول لعلم المراد إذا خاف الاشتباه

قال (وينظر الرجل الى الرجل الخ) هذا هو القسم الثاني من أصل التقسيم (قوله خلافا لما يقوله أبو عصمة) يعني سعد بن معاذ المروزي رحمه الله ان السرة أحد (١٠٠) حدى العورة فتكون من العورة كالركبة قيل عطف الشافعي

قال (وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرتيه الى ركبتيه) لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرتيه الى ركبتيه وروى ما دون سرتيه حتى يجاوز ركبتيه وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي رحمه الله والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام أبو بكر محمد بن الفضل الكباري معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر بهم مع النص بخلافه وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال الركبة من العورة

فكفي بذلك اشكالا فلم يتم قوله ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود ثم أقول في دفع ذلك الاشكال بالكلية ان الحاجة الى النظر الى العورة الغليظة عند الزنا والضرورة متحققان في الشهادة بالزنا مطلقا في تحصيل احدي الحسبتين وهي اقامة الحد باقامة الشهادة على الزنا اذ لا يتيسر اقامة الشهادة عليه بدون النظر الى العورة الغليظة عند الزنا وان لم تحقق الحاجة اليه ولا الضرورة في تحصيل الحسبة الاخرى وهي التحرز عن التمثك في أراد أن يقال الحسبة الاولى يحتاج ويضطر الى النظر اليها فيباح له النظر اليها اذ ذلك اذ يكفي في اباحة ذلك الحاجة اليه والضرورة بالنسبة الى تحصيل خصوص الحسبة ولا يتوقف اباحته على الحاجة اليه والضرورة المطلقتين أى من كل وجه ولا على أن لا يكون فوق تلك الحسبة حسبة أخرى أفضل منها ألا يرى أن من أراد أن يتزوج امرأه فلا بأس له بأن ينظر اليها وان علم أنه يشتهيها ابتداء على أن مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة كما سيأتى في الكتاب مع أن الحاجة الى النظر اليها والضرورة انما يتحققان في اقامة تلك السنة لا مطلقا لا مكان ترك تزوجها الداعي الى النظر اليها وان كان فوق تلك السنة ما هو أفضل منها من الواجبات بل من بعض السنن المؤكدات فقد اندفع ذلك الاشكال بخلافه (قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرتيه الى ركبتيه) قال صاحب العناية هذا هو القسم الثاني من أصل التقسيم أقول ليس الامر كذلك بل هو القسم الثالث منه كما لا يشبهه على من نظر الى تقسيمه في صدر هذا الفصل (قوله وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي) قال صاحب النهاية وأبو عصمة هو سعد بن معاذ المروزي فانه يقول ان السرة أحد حدى العورة فتكون من العورة كالركبة ثم قال وقوله والشافعي بالعطف على أبي عصمة في اثبات أن السرة عورة عندهما كانه وقع سهوا لوجهين أحدهما ما ذكرنا من تعليل أبي عصمة في اثبات أن السرة عورة بقوله انهما أحد حدى العورة فتكون عورة كالركبة فان هذا التعليل انما يستقيم لمن يقول بأن الركبة عورة والشافعي لا يقول بكون الركبة عورة والثاني أن الشافعي علل في اثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله انهما أحد للعورة فلا تكون من العورة كالسرة لان الحد لا يدخل في الحدود وهذا تنصيص منه على أن السرة ليست بعورة اه ورد عليه صاحب العناية حيث قال قيل عطف الشافعي على أبو عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف لم يعمل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحدا والمأخذ متعدد افا لمذ كور يكون تعليل لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتها انتهى أقول قد ذكر صاحب النهاية لعدم استقامة العطف المزبور وجهين وقد نقل صاحب العناية أحد ذينك الوجهين وأجاب عنه كما ترى ولم يتعرض للوجه الاخر أصلا فكأنه لم يظفر بالجواب عنه فبقى الاشكال في العطف الواقع في كلام المصنف من ذلك الوجه ولا بد من دفعه

على أبي عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول ان الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف رحمه الله لم يعمل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحدا والمأخذ متعدد افا لمذ كور يكون تعليل لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتها والركبة عورة خلافا للشافعي رحمه الله استدل لا بالغاية فانها لا تدخل تحت المغيا والفخذ عورة خلافا لاهل الظاهر فانهم يقولون العورة هي السرة دون ما عداها لقوله تعالى فبدت لهما سواتهما والمراد به العورة وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام أبو بكر محمد بن الفضل الكباري رحمه الله معتمدا فيه على العادة (قوله لانه لا معتبر بهم) أى بالعادة (مع وجود النص) جواب عن قول محمد بن الفضل متعاقبا بقوله وما دون السرة الى منبت

الشعر عورة وقوله (وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه) جواب عن قول الشافعي رحمه الله ودليل على أن الركبة عورة وأبدي

(قوله هذا هو القسم الثاني) أقول بل الثالث (قوله قبل عطف الشافعي) أقول الفائل صاحب النهاية (قوله الكباري) أقول بفتح الكاف

وأبدي الحسن بن علي رضي الله عنه سرته فقبلها أبوهريرة رضي الله عنه وقال لجرهد وارفع ذلك أما علمت أن الفخذ عورة ولأن الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمباح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه في السواة حتى إن كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السواة يؤدب إن لم

فأقول في الجواب القاطع لعرق الاشكال ان في السرة والركبة ثلاث روايات عن الشافعي أحدها أن السرة عورة والركبة ليست بعورة كما هو مدلول كلام المصنف ههنا وفي كتاب الصلاة أيضا والثانية انهما ليستا بعورة كما ذكر في وجيز الشافعية والثالثة أنهما عورة وذكر صاحب الغاية هاتين الأخيرتين وقال لا ولي منهما وهما أصح الوجهين واذ قد تقرره هذا فجاز أن يكون تعليل الشافعي في اثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله انهما أحدهما عورة فلا تكون من العورة كالسرة مبنيا على قوله في الرواية الثانية وهذا لا ينافي اشتراكهما مع أبي عصمة في قوله الآخر الواقع في الرواية الثالثة عنه بل لا ينافي أيضا اشتراكهما في تعاليه بقوله انهما أحدهما عورة فتكون عورة كالركبة بناء على ذلك القول فلا محذور في العطف المذكور أصلا تأمل توقف (قوله وأبدي الحسن بن علي رضي الله عنه ما سرته فقبلها أبوهريرة) هذا جواب عن قول أبي عصمة والشافعي أخرجه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والبيهقي في سننه عن ابن عون عن عمار بن اسحق قال كنت أمشي مع الحسن بن علي رضي الله عنه - ما في بعض طرق المدينة فلقينا أبوهريرة فقال للحسن اكشف لي عن بطنك جعلت فداءك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبله قال فكشف عن بطنه فقبل سرته ولو كانت من العورة لما كشفها قال الشارح العيني بعد بيان هذا المثل بهذا المنوال وفي مجمع الطبراني خلاف هذا حدثنا أبو موسى الكشي حدثنا أبو عاصم عن ابن عون عن عمار بن اسحق أن أبا هريرة لقي الحسن بن علي رضي الله عنهم فقال له ارفع ثوبك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل فرفع عن بطنه ووضع يده على سرته انتهى وقال بعض المتأخرين بعدم نقل ما ذكره العيني قلت لا مخالفة بين الروایتين لا مكان الجمع بين المس والتقبيل ولو سلم فذلك لا يضرنا بل يثبت مدعا بالاولوية انتهى أقول كان ذلك البعض خبط في استخراج ما رواه الطبراني في مجمع حيث حسب أن معنى قوله ووضع يده على سرته ووضع أبوهريرة يده على سرة الحسن فبني عليه عدم المخالفة بين الروایتين بإمكان الجمع بين المس والتقبيل يعني أن وضع أبي هريرة يده على سرة الحسن مس لها وهو لا ينافي تقبيلها باباها فلا مخالفة بينهما ثم بني عليه أيضا كلامه التسليمي يعني لو سلم المخالفة بينهما ما رواه الطبراني لا يضرنا بل يثبت مدعا هنا وهو أن لا تكون السرة من العورة بالاولوية فان عدم جواز مس العورة بوضع اليد عليها أولى من عدم جواز تقبيلها فاذا وضع أبوهريرة يده على سرة الحسن ولم ينعنه الحسن ثبت أن السرة ليست من العورة لكن لا يفتي على من له أدنى تمييز أن معنى قوله ووضع يده على سرته ووضع الحسن بن علي يده على سرة نفسه وعن هذا قال ووضع يده بالواو دون فوضع يده بالفاء كما قال في الرواية الاولى فقبل سرته والاسلوب المقرر في الحكاية عن الاثنين ادخال الفاء عند الانتقال الى حكاية قول الآخر أو فعله أو تركه العاطف والسلوك مسلك الاستئناف كما في قوله تعالى قالوا سلاما قال سلام واذ قد كان معنى رواية الطبراني ووضع الحسن يده على سرته كانت هذه الرواية مخالفة للرواية الاولى لعدم تبين تقبيل سرة الحسن عند وضعه يده على سرته ثم انه ان كان مقصودا الحسن رضي الله عنه من وضع يده على سرته في رواية الطبراني التحرز عن انكشاف نفس السرة عند رفع ثوبه عن بطنه بشعر فعله المذكور يكون السرة من العورة وان كان مقصودا منه التحرز عن انكشاف ما تحت السرة لا يدل فعليه المذكور على

وقوله (وأبدي الحسن بن علي رضي الله عنه - ما) جواب عن قول أبي عصمة والشافعي رحمه الله وقوله (وقال عليه السلام لجرهد) جواب عن قول أهل الظاهر وقوله (ولأن الركبة) دليل معقول على كون الركبة عورة والباقي ظاهر

وقوله (لا تهما) أي لان النظر والمس فيما ليس بعورة سواء وقوله (ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه) عكس هذا القسم الذي نحن فيه وقوله (ووجه الفرق) أي فرق ما ذكر في الاصل من جعل عدم نظرها اليه مستحبا وعدم نظرها اليها واجبا هو أن الشهوة عليهن غالبية والغالب (١٠٣) كالتحقق غالبا ألا ترى أن وجوب العمل بخبر الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وغلبة

(وما يباح النظر اليه للرجل من الرجل يباح للمس) لانهما فيما ليس بعورة سواء قال (ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا أمنت الشهوة) لاستواء الرجل والمرأة في النظر الى ما ليس بعورة كالنساء والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان تنظر المرأة الى الرجل الاجنبي بمنزلة تنظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس أغلظ فان كان في قلبها شهوة أو أكبر رأيها أنها تستهي أو شكت في ذلك يستحب لها أن تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر هو هذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق أن الشهوة عليهن غالب وهو كالتحقق اعتبارا فاذا اشتبه الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك اذا اشتبهت المرأة لان الشهوة غير موجودة في جانبها حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم أقوى من المتحقق في جانب واحد قال (وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل أن ينظر اليه من الرجل) لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة فدل تحقيقنا الى الانكشاف فيما بينهن

كون نفس السرة من العورة فلم يحصل منه جرم بأحد الطرفين (قوله وما يباح للرجل النظر اليه من الرجل يباح للمس لانهما فيما ليس بعورة سواء) أقول لقائل أن يقول استواءهما فيه ممنوع كيف وقد مر أن وجه الاجنبية وكفيها ليست بعورة حيث يجوز للرجل أن ينظر اليها اذا أمنت الشهوة ولكن لا يجوز له أن يمسها ما وان أمنت الشهوة فلم يستواء النظر والمس فيها ويمكن أن يقال المراد أنهم سواء فيه ما لم يرد النص على خلاف ذلك كما في الصورة المارة فان النبي صلى الله عليه وسلم قال من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كف جرة يوم القيامة فما ذكرهنا من حديث الاستواء مقتضى القياس وما مر موجب النص فلا تنافي بينهما تدبر (قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا أمنت الشهوة) قال صاحب العناية قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه عكس هذا القسم الذي نحن فيه أقول ليس الامر كذلك في الظاهر اذا الظاهر أن المراد بالقسم الذي نحن فيه هو الذي ذكر قبيل هذه المسئلة أعني قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرتي الى ركبته فانه الصالح لان يعنون بما نحن فيه ولا يذهب عليك أن هذا الذي ذكرهنا ليس بعكس ذلك وانما هذا عكس القسم الاول المذكور في صدر الفصل ويحتمل أن يكون مراده بالقسم الذي نحن فيه هو القسم الاول المذكور في صدر الفصل بناء على أن المصنف لما لم يستوف بعد أقسام ذلك القسم الاول بل أدخل في خلالها الاقسام الثلاثة الاخر من أصل التقسيم كما ستحيط به خبرا لم يكن فارغا عن بيان ذلك القسم بالكيفية بل كان في عهده لا ن بيان ما بقي منه فهذا الاعتبار جاز أن يعبر عنه السارح المزبور بالقسم الذي نحن فيه وان كان مستبعدا عند من له سلامة الفطرة ثم ان بعض المتأخرين طعن في تحرير هذه المسئلة حيث قال ولونكر الرجل الثاني كان أولى أقول ليس هذا بشئ إذ لا يخفى على ذي مسكة أن المقصود من هذه المسئلة بيان حال الجنس مطلقا لا بيان بعض من أفرادهم وان كان غير معين فالأولى أن يعرف الرجل في الموضوعين معان تعريف الجنس لأن ينكر الثاني ولا الاول تأمل تفهم (قوله وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل أن ينظر اليه من الرجل) قال صاحب العناية

الاحتمال لا بحقيقة تماوان أبا حنيفة يجوز الصلاة في السفينة قاعا لا ن دوار الرأس فيها غالب واذا كان كذلك فاذا نظر الرجل اليها مشتبه ما وجدت الشهوة في الجانبين في جانبه حقيقة لانه هو المفروض وفي جانبها اعتبارا لقيام الغلبة مقام الحقيقة واذا نظرت اليه مشبهة لم توجد الشهوة من جانبه حقيقة لان الفرض انه لم ينظر ولا اعتبار لعدم الغلبة فكانت الشهوة من جانبها فقط والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم أقوى من المتحقق من جانب واحد لا محالة قال (وتنظر المرأة من المرأة الخ) هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم ما جاز للرجل أن ينظر اليه من الرجل جاز للمرأة أن تنظر اليه من المرأة لوجود المجانسة وعدم الشهوة غالبا والغالب كالتحقق كما في نظر الرجل الى الرجل والضرورة الى الانكشاف فيما بينهن متحققة قال صاحب النهاية أي في الحمام وهذا دليل على أنهم لا يمنع

عن الدخول في الحمام خلافا لما يقوله بعض الناس لان العرف الظاهر في جميع البلدان يبناء الحمامات للنساء وتمكنهن وعن دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا وحاجة النساء الى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال لان المقصود تحصيل الزينة والمرأة الى هذا

(قوله عكس هذا القسم الذي نحن فيه) أقول هذا هو القسم الثاني في ترتيبه وهو عكس القسم الاول (قوله لان الفرض أنه لم ينظر) أقول مني فرض ذلك

أحوج من الرجل ويتمكن الرجل من الاغتسال في الانهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك الى هذا أشار في المدسوط وقوله كنتظر الرجل الى محارمه يعني لا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي قال المصنف رحمه الله (١٠٣) (والاول اصح) لان نظرا الجنس

أخف قال (وينظر الرجل من آمنه الخ) هذا هو القسم الثاني

من أقسام نظرا الرجل الى المرأة والتساح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر وقيد بقوله من آمنه التي تحل له لان حكم آمنه

لجوسية والتي هي أخته من الرضاع حكم أمة الغير في النظر

اليها لان اباحة النظر الى جميع البدن مبنية على حل الوطء

فتنتفى بالتفائه والعيرو الحار والوحشى وخصه بالذكر لان للاهلى نوع ستر من الاقتاب

والنفر وقد قيل هو الاهلى أيضا وقول ابن عمر رضى

الله عنهما الاولى أن ينظر يعني وقت الوقاع روى عن

أبي يوسف رحمه الله في الامالى قال سألت أبا حنيفة

رحمه الله عن الرجل يمس فرج امرأته أو تمس هي

فرجيه ليتحرك عليها هل ترى بذلك بأسا قال لا

أرجو أن يعظم الاجر قال (وينظر الرجل من ذوات

محارمه الخ) هذا هو القسم الثالث من ذلك نظرا الرجل

الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين من

ذوات محارمه جائز دون بطنها وظهرها وفخذها وقال

الشافعي رحمه الله في القديم لا بأس بذلك جعل حالها

كحال الجنس في النظر وهو محجوج بحكم الظهار فانه ثابت اذا قال لامرأته أنت على كظهر أى فلو كان النظر اليه حلالا لما كان ظهرا لان الظهار تشبيه المحلة بالحرمة

وعن أبي حنيفة رحمه الله ان تنظر المرأة الى المرأة كنتظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشغال بالاعمال والاقل اصح قال (وينظر الرجل من آمنه التي تحل له وزوجته الى فرجها) وهذا الاطلاق في النظر الى سائر بدنهن عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن أمتك وامراتك ولان ما فوق ذلك من المس والغشيان مباح فالنظر اولى الا أن الاولى أن لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجرد ان تجرد العيرو لان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضى الله عنهما يقول الاولى أن ينظر ليمكن أبلغ في تحصيل معنى اللذة قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها

هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم أقول بل هذا هو القسم الرابع منه كما لا يشبهه على أحد من أولى النهي ولم أدرك كيف خفي على مثل ذلك والعجب أنه قد أتى بغيره فيما مر كما عرفت وأصر عليه ولعل حكمة زلت في هذا الفصل ما وقع منه من سوء الظن بالمصنف حيث قال فيما بعد والتساح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر فصدر من نفسه ما هو أشد قبحا منه (قوله وعن أبي حنيفة أن تنظر المرأة الى المرأة كنتظر الرجل الى محارمه) يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وهذا معنى قول صاحب الكافي حتى لا يباح لها النظر الى ظهرها وبطنها قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي انتهى أقول ذكر الفخذ هنا مستدرك بل محل لان عدم جواز النظر للمرأة الى فخذ المرأة قد تقر في القول الاول لان الفخذ ليس مما يجوز أن ينظر الرجل اليه من الرجل والذي لا بد له هنا منه بيان ما يعتازه القول الثاني عن القول الاول وهو أن لا تنظر الى ظهرها وبطنها أيضا وذكر الفخذ في هذا الاثناء يوهم جواز النظر اليه في القول الاول (قوله والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن أمتك وامراتك) قال في الكافي بعد ذكر هذا الأصل الذي هو حديث أبي هريرة وقالت عائشة رضى الله عنها كنت أغتسل أنا ورسول الله من اناء واحد وكنت أقول بلى بلى وهو يقول بلى بلى بلى ولولم يكن النظر مما حلتما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه انتهى وقصد الشارح العينية تزييف الاستدلال على المدعى ههنا بحديث عائشة رضى الله عنها فقال بعد أن ذكر الاستدلال بذلك قلت لا يتم الاستدلال بهذ الانه لا يلزم أن يكون اغتسالهما معا بل يجوز أن يكونا متعاقبين ولكن في ساعة واحدة واثن سلمات فلا يدل ذلك على أن كلامهما كان ينظر الى فرج الآخر كيف وقد روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرمني ولم أر منه انتهى أقول ليس شئ من كلامه المنفى والتسليمي به صحيح أما الاول فلان قولها رضى الله عنها وكنت أقول بلى بلى وهو يقول بلى بلى بلى بلى قطعاً على أن يكون اغتسالهما معا اذ لو كان على التعاقب لما صح من المتقدم من مطالب تيقن الماء من الآخر اذ المباشر أو لا هو المتقدم فالتبعية وظيفته لا وظيفة الآخر فلامعنى لطلبها من الآخر وأما الثاني فلان المدعى ههنا مجرد جواز النظر الى فرج الزوج وقوعه البتة ولا شك أن مجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه يدل على جواز ذلك فان التجرد سبب لرؤية العورة عادة فلو لم يكن النظر اليها مباحا للزوج لما وقع التجرد منه - ما للقطع بتحرز النبي صلى الله عليه وسلم عن مظان الحسرة ثم ان مجرد جواز النظر الى فرج الزوج لا ينافي عدم وقوعه منهما تأذبا على مقتضى مكارم الاخلاق فلا تدفع بين حديثي عائشة أصلا (قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها) أقول كان الانسب أن لا يذكر الفخذ ههنا فانه لما انقرض فيما مر عدم جواز

أن ينظر الرجل من الرجل مطلقاً أي وإن كان ذارحاً محرم منه إلى ما بين سترته إلى ركبته علم عدم جواز أن ينظر الرجل من المرأة وإن كانت من ذوات محارمه إلى ما بين سترتها إلى ركبته بالأولوية لأن النظر إلى خلاف الجنس أغاظ وعن هذا لم يتعرض صاحب المحيط في هذا المقام لذكر شيء مما بين السرة والركبة حيث قال ولا يحل أن ينظر إلى بطنها ولا إلى ظهرها ولا إلى جنبها ولا يمس شيئاً من ذلك انتهى وظاهر منه أيضاً أن ذكر الجنب أحق من ذكر الفخذ ههنا فإن قلت المقصود من ذكر الفخذ في الكتاب بيان الواقع والتصریح بما علم التزاماً بما تقدم قلت فحينئذ كان الانسب أن يقال بدل وفخذها ما بين سترتها إلى ركبته كما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر إلى ظهرها وبطنها وإلى ما بين السرة والركبة منها ومسيها انتهى فإن فيه عموم الافادة فإن قلت المقصود بالاكْتفاء بذكر الفخذ هو السلول مسلك الدلالة في افادة حرمة النظر إلى ما عدا ما بين السرة والركبة بالأولوية قلت فحينئذ كان الأحق الاكتفاء بذكر الركبة فإن حكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه في السواة كما تقر فيما مر فبذلك لا يحل الفخذ لا يعلم حكم الركبة دلالة لكونها أخف منه في حرمة النظر وأما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسواة أيضاً دلالة بالأولوية لكونها أقوى منها في حرمة النظر ثم إن بعض المتأخرين قصد حل بعض عبارة هذه المسئلة فقال وأصل التركيب ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات وقد يحذف الرحم فيقال ذوات المحارم بطريق المسامحة والنسكة فيه شمول المسئلة للمحرم بسبب كما سيجي وجعل المحرم ههنا مصدراً ميمياً بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا بلائحه تفسيره بما سيجي فتأمل إلى هنا كلامه أقول فيه خلل أما أولاً فلأنه لو كان أصل التركيب المذکور ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات فحذف الرحم وأضيفت الذوات إلى المحارم بطريق المسامحة كان مدلول هذه المسئلة مختصاً بالمحرم بنسب إذا لم يتصور في غير النسب فلا مجال لأن تكون النسكة في حذف الرحم وإضافة الذوات إلى المحارم شمول المسئلة للمحرم بسبب لأن النسكة في العبارة لا تصلح أن تغير المعنى بالكلمة حتى تنقله من الخصوص إلى العموم وبالجملة بين أن يكون معنى التركيب المذکور ذوات الرحم المحارم وبين أن تشمل المسئلة المذكورة المحرم بسبب تنافي لا يخفى وأما ثانياً فلأن قوله وجعل المحرم ههنا مصدراً ميمياً بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا بلائحه تفسيره بما سيجي وليس بسديد فإن كلام من قوله مع عدم استعماله فيه ومن قوله لا بلائحه تفسيره بما سيجي في حيز المنع أما الأول فلأنه قال في المغرب والمحرم الحرام والحرمة أيضاً وقال في البدائع النساء في هذا الباب سبعة أنواع نوع منهن المنكوحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم كالأم والبنات والأعمه والخالات ونوع منهن ذوات المحرم بالرحم وهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة ونوع منهن مملوكات الأغيار ونوع منهن من لا رحم لهن ولا محرم وهن الاجنبيات الحرات ونوع منهن من ذوات الرحم بلا محرم كبنات العم والأعمه والخالات والخاله ولا يخفى على الفطن أن المحرم المذکور ثمة في مواضع متعددة انما يصلح منه أن يكون بمعنى الحرام ما ذكر في قوله ذوات الرحم المحرم والباقي منه بمعنى الحرمة لا غير كما في قوله ذوات المحرم بالرحم وقوله من لا رحم لهن ولا محرم وقوله ذوات الرحم بلا محرم يظهر كل ذلك بالتأمل الصادق والذوق الصحيح وقال في فتاوى قاض خان ولا بأس للرجل أن ينظر من أمه وابنته وأخته البالغة وكل ذات رحم محرم منه كالجدات وأولاد الأولاد والعمات والخالات إلى شعرها ورأسها وصدرها وبطنها وعنقها وأعضائها وساقها ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها ولا إلى ما بين سترتها إلى أن تجاوز الركبة وكذا إلى كل ذات محرم برضاع أو صهرية كزوجة الأب والجدوان والأولاد والأولاد وان سفلوا وابنة المرأة المدخول بها فإن لم يكن دخل بها فهي كالاجنبية انتهى ولا يخفى على الفطن أيضاً أن المحرم المذکور في قوله وكذا

والاصل فيه قوله تعالى ولا يدين زينتهن الا لبعولتهن الآية والمراد والله أعلم بمواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست من مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع أدى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتمى بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة

الى كل ذات محرم بوضع أو صهرية بمعنى الحرمة دون الحرام اذ لا معنى لان يقال كل ذات حرام أي صاحبة حرام لان الحرام هي صاحبة الحرمة نفسها فلا معنى لاضافة الذات اليه وأما الثاني فلانه انما لا يلاؤه نفسه بما سيجي لو كان مراد المصنف بما سيجي نفسه المحرم الذي هو مفرد المحارم في قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه وأما اذا كان مراده بذلك تفسير المحرم بمعنى الحرام المأخوذ من مجموع قوله ذوات محارمه لامن قوله محارمه فقط فلا يلزم عدم الملازمة كما لا يخفى والظاهر أن مراد المصنف هو الثاني وبعضه تقرير صاحب المحيط في هذه المسئلة حيث قال وأما النظر الى ذوات محارمه فنقول يباح النظر الى موضع زينتها الظاهرة والباطنة ثم قال وذوات المحارم من حرم عليه نكاحهن بالنسب نحو الامهات والبنات والجدات والعمات والحالات وبنات الاخ وبنات الاخت أو بالسبب كالرضاع والمصاهرة انتهى فانه فسر ذوات المحارم بما فسر به المصنف المحرم نفسه ثم ان التحقيق في معنى التركيب المذكور وهو قواهم ذوات محارمه أنه اذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب وحده ويجوز أن يكون أصله ذوات الرحم المحارم على أن يكون المحارم صفة الذوات وتكون جمع محرم بمعنى حرام ويجب وزان يكون معناه ذوات الحرمات على أن يكون المحارم جمع محرم بمعنى الحرمة وأما اذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب أو سبب كما في مسألة الكتاب فلا مجال لتقدير الرحم لكونه منافيا للتعميم بل يتعين المعنى الثاني (قوله والاصل فيه قوله تعالى ولا يدين زينتهن الا لبعولتهن الآية) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله والاصل فيه أي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تأويل المذكور قوله تعالى ولا يدين زينتهن الآية وتبعه الشارح العيني أقول فيه نظر لان الآية المذكورة انما تدل على جواز ما جاز وهو النظر الى مواضع الزينة ولا تدل على عدم جواز ما لم يجز وانما يدل عليه آية أخرى وهي قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم كما أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها ولا ما بين السرة والركبة منها أو سببها العموم قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم الا أنه رخص للمحارم النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى ولا يدين زينتهن الا لبعولتهن الآية فبقي غض البصر عما وراءها أمورا به واذا لم يحل النظر فالحس أولى لانه أقوى انتهى أو آية الظهار كما أشار اليه صاحب المحيط حيث قال ولا يحل أن ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنبها ولا يمس شيئا من ذلك والوجه فيه أن الله تعالى سمي الظهار في كتابه منكر من القول وزورا وصورة الظهار أن يقول الرجل لامرأته أنت كظهر أبي ولولا أن ظهرها محرم عليه نظر او مس المسمى الظهار منكر من القول وزورا وانما ثبت هذا في الظهر ثبت في البطن والجنبين انتهى فتأمل (قوله) ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع أدى الى الحرج قال بعض المتأخرين وتقرر بهذا الدليل واضح الآن قوله يدخل على البعض من غير استئذان بشكل بما ذكره صاحب البدائع في مسائل الدخول في بيت الغير أنه اذا كان من محارمه فلا يدخل عليه من غير استئذان وربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكره ان ذلك

وقوله (والاصل فيه) أي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تأويل المذكور (قوله تعالى ولا يدين زينتهن الا لبعولتهن) والمراد والله أعلم بمواضع الزينة كالحال وأراد المحل مبالغة في النهي عن الابداء لان ابداء ما كان منفصلا اذا كان منهيا عنه فابداء المتصل أولى وذلك كقوله تعالى ولا القلائد في حرمة تعرض محلها وقوله (وهي ما ذكر في الكتاب) يريد به الوجه الى آخره ويدخل في ذلك أي في مواضع الزينة المدلول عليها بالزينة الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة أما الرأس فلانه موضع التاج والا كليل والشعر موضع العقاص والعنق موضع القلادة والصدر كذلك والاذن موضع القرط والعضد موضع المصمغ والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخنخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانها ليست مواضع الزينة وباقى كلامه واضح

والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأيد بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح في الأصح لما بيننا قال (ولابأس بأن عيس ما جاز أن ينظر إليه منها) لتحقيق الحاجة إلى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للحرمية بخلاف وجه الأجنبية وكفها حيث لا يباح المس وإن أبيع النظر لأن الشهوة متكاملة (الأذا كان يخاف عليها أو على نفسه الشهوة) فحينئذ لا ينظر ولا عيس لقوله عليه السلام العيانان ترتبان وزناهما النظر واليعدان ترتبان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم أغلظ فيجتنب (ولابأس بالخلو والمسافرة بهن) لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها إلا ومعهما زوجها أو ذورحم محرم منها

ثم استدل عليه بآثار انتهى كلامه أقول مراد المصنف بقوله إن البعض يدخل على البعض من غير استئذان أن العادة جرت بين الناس على دخول بعض المحارم على بعضهم من غير استئذان لأنه أمر مندوب في الشرع وما ذكره صاحب البدائع حكم الشرع في أمر الدخول في بيت الغير فإنه قال وأما حكم الدخول في بيت الغير فالداخل لا يخفى لو أمان أن يكون أجنبياً أو من محارمه فإن كان أجنبياً فإسلا يحل له الدخول فيه ثم قال وإن كان من محارمه فلا يدخل من غير استئذان أيضاً وإن كان يجوز له النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة ثم قال إلا أن الأمر في الاستئذان على المحارم أسهل وأيسر لأن المحرم مطلق النظر إلى مواضع الزينة منها شرعاً انتهى فقد تلخص منه أن الدخول في بيت الأجنبي من غير استئذان حرام والدخول في بيت محارمه من غير استئذان مكروه ويكفي في التأدي إلى الحرج جريان العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعضهم بلا استئذان وإن كان ذلك مما لا يدح في حكم الشرع والحرج مدفوع شرعاً فلا اشكال (قوله والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأيد بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه) يعني بالمعنيين الضرورة وقلة الرغبة كذا في الشروح وفي عبارة بعضهم يعني الحرج وقلة الرغبة قال تاج الشريعة فإن قلت فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع إذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع بل واز الدخول من غير احتشام واستئذان فوقع نقصان في الحرز قلت لا يقطع عند البعض وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع ذكر خواهر زاده أن المحارم من جهة الرضاع لا يكون لهم الدخول من غير حشمة واستئذان ولهذا يقطعون بسرقة بعضهم من بعض انتهى كلامه واقتضى أثره العيني في ذكر هذا السؤال والجواب بعينهما أقول ليس الجواب بنسب أمه أو قوله قلت لا يقطع عند البعض فلان عدم القطع عند البعض وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف كما مر في كتاب السرقة لا يدفع السؤال على قول أبي حنيفة ومحمد وعلى قول أبي يوسف أيضاً رواية أخرى عنه فإن كون المحرم بسبب الرضاع في حكم المحرم بالنسب متفق عليه وإذا كانت العلة في ذلك وجود المعنيين المذكورين كما قاله المصنف يتوجه السؤال المذكور على قول الأكثر وهو القول المختار وظاهر الرواية كما تقر في كتاب السرقة ولا يدفعه عدم القطع عند البعض كما لا يخفى وأما قوله وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع ونأيد ذلك بما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده فلأنه إن لم يكن للمحارم من جهة الرضاع الدخول من غير حشمة واستئذان لم يصح قول المصنف لوجود المعنيين فيه فإن وجود أحد ذين المعنيين فيه يتوقف على أن يكون له الدخول من غير حشمة واستئذان كما تحققته ومبنى السؤال المذكور على صحة قوله كما يفصح عنه الفاء في قول السائل فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع إذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع فالأولى في الاستدلال على كون المحرم بسبب في حكم المحرم بنسب أن يصار إلى الدليل النقل كما فعله صاحب البدائع حيث

يعني الضرورة وقلة الرغبة فيه أي في المحرم وقوله في الأصح متعلق بقوله أو سفاح لان اختلاف المشايخ في المصاهرة بالزنا لافها بالنكاح فان بعض مشايخنا رحمه الله قال لا يثبت حل المس والنظر بالمصاهرة سفاحاً لان ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة لانه لما ظهرت خيانتة مرة لا يؤمن ثانياً والأصح أنه لابأس بذلك لما بيننا أنها محرمة عليه على التأيد ولا وجه لقوله ثبوت الحرمة بطريق العقوبة لانها تثبت باعتبار كرامة الولد على ما عرف في موضعه (قال ولا بأس بأن عيس ما جاز أن ينظر إليه منها لوجود مقتضى الإباحة) وهو الحاجة إلى ذلك في المسافرة وانتفاء المانع وهو وفور الشهوة وقوله (الأذا كان يخاف عليها) استثناء من قوله ولا بأس وكلمة فوق في قوله عليه الصلاة والسلام فوق ثلاثة أيام صالحة لان حرمة المسافرة ثابتة في ثلاثة أيام أيضاً فكان كقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين وإذا جازت المسافرة بهن جازت الخلو بهن لان في المسافرة خلو (قوله لانه لما ظهرت خيانتة)

(الخ) أقول فيه بحث ثم الظاهر أن يقال ولانه الخ

وقوله (فإن احتاج إلى الأركاب) أي أركاب ذوات المحارم والأصل في ذلك أن لا يجوز من ما يجوز أن ينظر الرجل إليه لأن المس فوق
النظر لكنه جاز لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل رأس فاطمة (١٠٧) رضى الله عنها ويقول أجد منها ريح

الجنسة وكان ذلك لأن شهوة قطعاً فيجوز المس مع الاتقاء عن الشهوة ما أمكن قال (وينظر الرجل من مملوكة غيره الخ) هذا آخر الأقسام من ذلك وكلامه واضح وقوله علاها أي ضرب علاوتها وهي رأسها بالدرة وقوله (خلا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله أنه يباح إلا إلى مادون السرة إلى الركبة) وجهه ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال ومن أراد أن يشتري جارية فليتنظر إليها في موضع المئزر وتعامل أهل الحرمين ووجه العامة ما ذكره في الكتاب وقوله (وأما الخلوة بها والمسافرة معها) يعني إذا أمن بذلك على نفسه وعليها فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه فمنهم من قال يحل واعتبرها بالمحارم وإليه مال شمس الأئمة رحمه الله وقيل لا يحل لعدم الضرورة وإليه مال الحاكم الشهيد رحمه الله (وفي الأركاب والانزال اعتبر محمد رحمه الله الضرورة فيمن) يعني التي لا مدفع لها (وفي المحارم مجرد الحاجة) أي نفس الحاجة لا الضرورة وقوله (ولابأس بأن عس ذلك) أي الموضع التي

وقوله عامية السلام ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها سبيل فإن ثالثهما الشيطان والمراد إذا لم يكن محرماً فإن احتاج إلى الأركاب والانزال فلا بأس بأن عساه من وراء ثيابها وبأخذ مظهرها وبطنها دون ما تحتها إذا أمنا الشهوة فإن خافها على نفسه أو عليها فبقنا وطناً أو شراً فلا يجنب ذلك بجهده ثم إن أمكنها الركوب بنفسها امتنع عن ذلك أصلاً وإن لم يمكنها فكيف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وإن لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال (وينظر الرجل من مملوكة غيره الخ) هذا آخر الأقسام من ذلك وكلامه واضح وقوله علاها أي ضرب علاوتها وهي رأسها بالدرة وقوله (خلا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله أنه يباح إلا إلى مادون السرة إلى الركبة) وجهه ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال ومن أراد أن يشتري جارية فليتنظر إليها في موضع المئزر وتعامل أهل الحرمين ووجه العامة ما ذكره في الكتاب وقوله (وأما الخلوة بها والمسافرة معها) يعني إذا أمن بذلك على نفسه وعليها فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه فمنهم من قال يحل واعتبرها بالمحارم وإليه مال شمس الأئمة رحمه الله وقيل لا يحل لعدم الضرورة وإليه مال الحاكم الشهيد رحمه الله (وفي الأركاب والانزال اعتبر محمد رحمه الله الضرورة فيمن) يعني التي لا مدفع لها (وفي المحارم مجرد الحاجة) أي نفس الحاجة لا الضرورة وقوله (ولابأس بأن عس ذلك) أي الموضع التي

قال وأما النوع الرابع وهو ذوات المحرم بلا رحم فحكم ذوات الرحم المحرم والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروى أن أفلح استأذن أن يدخل على عائشة رضى الله عنها فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام ليلى عليك فانه عمك أرضعتك امرأة أخيه انتهى وقال في المبسوط بعد ما ذكر حكم ذوات المحارم بالنسب والمحرمية بالرضاع وكذلك المحرمية بالمصاهرة لأن الله تعالى سوى بينهما بقوله فجعله نسباً وصهراً (قوله وقوله عليه السلام ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها سبيل فإن ثالثهما الشيطان والمراد إذا لم يكن محرماً) أقول أقائل أن يقول كون المراد إذا لم يكن محرماً ليس بأجلى من أصل المسئلة لجواز أن يكون المراد إذا لم يكن زوجاً فهذا الاحتمال كيف ثبت المدعى ولئن سلم كون المراد ذلك فجواز أن يخلو الرجل بامرأة ذات محرم منه لا يستفاد من هذا الحديث إلا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا (قوله والخصي في النظر إلى الأجنبية كالفعل لقول عائشة رضى الله عنها الخصاص مثله فلا يبيع ما كان حراماً قبله) قال الشارح العيني ههنا إيرادان على المصنف الأول أن هذا لم يثبت عن عائشة رضى الله عنها وإنما أخرجه ابن أبي شبة في مصنفه عن ابن عباس قال حدثنا أسباط بن محمد بن فضل عن مطرف عن رجل عن ابن عباس قال خصاء البهائم مثله ثم تلاوا أمرهم فلا يغيرن خلق الله وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن مجاهد عن شهر بن حوشب الخصاص مثله ذكره في كتاب الحج الثاني أن هذا لا يدل على مدعاكم فإن كون

يجوز النظر إليها (إذا أراد الشراء وان خاف أن يشتري كذا في المختصر وأطلق في الجامع) لفظ الجامع الصغير فقال رجل أراد أن يشتري جارية لابأس بأن عس سافها وذراعيها وصدرها وينظر إلى صدرها وساقها مكشوفتين والباقي واضح

وقوله (وكذا الخنث في الردي من الافعال) يعني من يمكن غيره من نفسه احترازا عن الخنث الذي في أعضائه لين وتكسر
بأصل الخلفة ولا يشتمى النساء استدللا بقوله

(١٠٨)

تعالى أو التابعين غير أولى

وكذا المحبوب لانه يسحق وينزل وكذا الخنث في الردي من الافعال لانه فعل فاسق والحاصل انه يؤخذ
فيه بحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال (ولا يجوز للمولود أن ينظر من سبده
الا إلى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها) وقال مالك هو كالمحرم وهو أحد قولي الشافعي لقوله تعالى
أو ما ملكت أيمانن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليه من غير استئذان ولنا أنه فعل غير محرم ولا
زوج والشهوة متحققة بالحوال النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت

النساء استدللا بقوله

تعالى أو التابعين غير أولى

الاربعة من الرجال قيل هو

الخنث الذي لا يشتمى

النساء وقيل هو المحبوب

الذي جف مأؤه وقيل المراد

به الأبله الذي لا يدري

ما يصنع بالنساء انما هم

بطنسه وفيه كلام فانه اذا

كان شابا ينحى عن النساء

وانما ذلك اذا كان

شخصا كبيرا مات شهوته

والاصح أن نقول قوله

تعالى أو التابعين من

المنشابهات وقوله تعالى قل

للمؤمنين يغضوا من أبصارهم

محكم نأخذ به واليه أشار

المصنف رحمه الله بقوله

فالحاصل أنه يؤخذ فيه

بحكم كتاب الله تعالى المنزل

فيه (والطفل الصغير مستثنى

بالنص) وهو قوله تعالى

أو الطفل الذين لم يظهروا

على عورات النساء أي لم

يطلعوا أي لا يعرفون العورة

ولا يميزون بينها وبين غيرها

وقوله ولا يجوز للمولود

واضح

(قال المصنف والحاصل

أنه يؤخذ فيه) أقول أي في

الخنث الذي في أعضائه

لين وتكسر بأصل الخلفة

ولا يشتمى النساء على

سبيل الاستخدام (قال

المصنف بحكم كتاب الله

تعالى) أقول إطلاق المحكم لعلة على التشبيه (قوله أي لم يطلعوا) أقول فقوله لم يظهروا من الظهور والمراد

بمعنى الاطلاع

الخصاء مثله لا يدل على أن نظر الخصي إلى الأجنبية كالفعل إلى ههنا كلامه أقول كل من اراد به ساقط
أما الأول فلان حاصله عدم ثبوت هذا القول عن عائشة رضي الله عنها عند بطريق الاسناد وهو
لا يقتضي عدم ثبوت عند المجتهدين بطريق الاسناد أو بطريق الارسال وقد روي ذلك عن عائشة
رضي الله عنها في عامة كتب أصحابنا بطريق الارسال وتقرر في علم الاصول أن مرسل الصحابي مقبول
بالاجماع ومرسل القرن الثاني والثالث وان لم يقبل عند الشافعي بدون أن ثبت اتصاله من طريق آخر
كما سئل سعيد بن المسيب الا أنه يقبل عندنا وعند مالك على الاطلاق حتى قالوا أنه فوق المسند ومرسل
من دون هؤلاء يقبل عند بعض أصحابنا ويرد عند البعض فهذا القول المرسل إلى عائشة رضي الله عنها
ان كان من مراسيل القرن الثاني أو الثالث فلا شك في كونه مقبولا عندنا وان كان من مراسيل من
دون القرن الثالث فهو أيضا مقبول على القول المختار من أصحابنا وأما الثاني فلان قوله فلا يبيع ما كان
حراما قبله من كلام عائشة كما يدل عليه تقريرات الثقات في عامة المعبرات فدلالة أثر عائشة رضي الله
عنها على المدعى أظهر من أن يخفى ثم أقول ولكن بقي ههنا شيء وهو أنه قد ذكر في أصول الفقه أن قول
الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا اختلافهم فيه انما يوجب التقليد فيما لا يدرك بالقياس
لانه لا وجه له الا لسمع أو الكذب والثاني منتف فنعين الاول لا فيما يدرك بالقياس لان القول بالرأي
منهم مشهور والمجتهد بخطئ ويصيب والظاهر أن ما نحن فيه مما يدرك بالقياس ولهذا استدلو عليه
بالدليل العقلي الذي مرجعه القياس على ما تقرر في علم الاصول حيث قالوا ولانه فعل بجامع ولم يعلم
اتفاق سائر الصحابة على قول عائشة المذكور هنا فيلزم أن لا يوجب التقليد فكيف يتم الاستدلال به
(قوله وكذا المحبوب لانه يسحق وينزل) قال بعض المتأخرين ويسحق بفتح الباء وينزل بضمها أي يفعل
الاتزال ولا حاجة إلى تقدير المفعول كما فعله العيني حيث قال المني بعد قوله وينزل انتهى أقول الصواب
ما فعله العيني لانه لو كان مع في ينزل هنا يفعل الاتزال كان هذا الفعل المتعدي منزلا منزلة اللازم
للفصل إلى نفس الفعل كما في نحو قولك فلان يعطى أي يفعل الاعطاء ويوجد هذه الحقيقة على ما ذكر
في المفتاح وغيره وليس ذلك المعنى بصحيح هنا اذا لا يثبت المطلوب بمجرد كون المحبوب فاعل حقيقة
الاتزال فان هذا يتحقق بانزال البول ونحوه وليس ذلك بعلة لحزمة النظر إلى الأجنبية لا محالة وانما
علة الها شهوة المني فلا بد من تعيين مفعول ينزل هنا بالمني حتى يتم المطلوب (قوله والحاصل أنه يؤخذ فيه
بحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه) أي يؤخذ في كل واحد منها كذا في شرح تاج الشريعة وقال بعض
الفضلاء أي في الخنث الذي في أعضائه لين وتكسر بأصل الخلفة ولا يشتمى النساء على سبيل الاستخدام
انتهى أقول الحق ما قاله تاج الشريعة أما أولا فلانه يصح أن يؤخذ في كل واحد من الاصناف الثلاثة
المارة أعني الخصي والمحبوب والخنث بحكم كتاب الله تعالى بل لا ريب وهو قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا
من أبصارهم وكذا قوله تعالى ولا يبدن زينتهن الا لبعوثهن الآية فامعنى تخصيص ذلك بالثالث
وحده مع امكان جملة على الثلاثة جميعا ومقصود المصنف من كلامه هذا بيان دليل آخر أقوى مما

وقوله والمراد بالنص الاماء يريد بالنص قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم وهو جواب عن استدلال مالك والشافعي رجهما الله به (قال سعيد)
أي سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير قال في النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيده بالنسبة ليتناول السعيد بن (والحسن وغيرهما) سمرة بن
جندب لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور ولان الذكور مخاطبون بقوله (٩٠) تعالى قل للؤمنين بغضوا من أبصارهم

فلودخلوا في قوله تعالى

أو ما ملكت أيمانهم لزم

التعارض وعورض بأن

نظر الاماء الى سيدتهن

استفد من قوله تعالى

أونسائهن فلو حلت هذه

الآية على الاماء لزم التكرار

وبأن الاماء لو لم تكن مرادة

من قوله تعالى أونسائهن

وجب أن لا تكون مرادة

من قوله تعالى أو ما ملكت

أيمانهم أيضا لان البيان

انما يحتاج اليه في موضع

الاشكال ولا يشكل على

أحد أن الامة أن تنظر الى

سيدتها كالأجنبيات والمالك

ان لم يزد توسعة فلا أقل

أن لا يزيد تضيقا وأجيب

عن الاول بأن المراد

بالنساء الحريرات المسلمات

اللاتي في صحبتهم لانه ليس

لمؤمنة أن تجرد بين يدي

مشركة أو كائيه كذا عن

ابن عباس رضي الله عنهما

والظاهر أنه أريد بنسائهم

من صحبتهم من الحريرات

مسلمة كانت أو غيرها والنساء

كلهن في حل نظر بعضهم

الى بعض سواء والمراد من

قوله تعالى أو ما ملكت

أيمانهم الاماء وعن الثاني

بأن حال الامة يقرب من حال

الرجال حتى تسافر من غير

محرم فكان بشكل أنه يباح

والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال
(وبعزل عن أمتهم بغير أزواجهن ولا يعزل عن زوجته الا بذنها) لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة
الا بذنها وقال لمولى أمة اعزل عنها ان شئت ولان الوطء حق الحرة قضاء للشهوة وتخصيلا للولد ولهذا
تخير في الحب والعنة ولا حق للامة في الوطء فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير أزواجهن ويستفاد به المولى

ذكره أولا جامع للصورتين الثلاث معا كما ترى وأما ثانيا فلان كلمة الحاصل تقتضي في الاستعمال
نفسه سلاسا بقا يكون ماذ كفي حيزها لتخصيص ذلك التفصيل وهذا انما يتصور ههنا اذا كان كلام
المصنف هذا ناظرا الى مجموع الصور الثلاث المارة لا الى الصورة الثالثة وحدها سيما لو أريد بالضمير
المجرور في قوله يؤخذ فيه المختب بالمعنى ان غير المذكور فيما مر على سبيل الاستخدام كما
زعم ذلك البعض فانه لا يكون حينئذ لكلمة الحاصل مساس بما قبلها أصلا كما لا يخفى على ذي فطنة
(قوله والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون
الذكور) قال صاحب النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيده بالنسبة ليصح تناوله للسعيد بن علي ما
روىنا من رواية المبسوط انتهى وتبعه جماعة من الشراح في هذا التوجيه ورده صاحب الغاية حيث قال
أراد به سعيد بن المسيب لما ذكرنا عن الكشف وقال بعضهم في شرحه انما أطلق السعيد ليتناول
السعيد بن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وفيه نظر لانه يلزم حينئذ أن يكون للمشارك عموم في موضع
الاثبات وهو فاسد انتهى أقول نظره ساقط اذا تظاهر أن مراد هؤلاء الشراح بالتناول في قولهم ليتناول
السعيد بن هو التناول على سبيل البدل لا التناول على سبيل الشمول والعموم ولا شك أن المشترك يتناول
معانيه على سبيل البدل ولقد صرحوا به حتى قال المحقق التفتازاني في التلويح والمشارك مستغرق
لمعانيه على سبيل البدل والذي لا يجوز عندنا دون الشافعي انما هو عموم المشترك لمعانيه على سبيل
الشمول في اطلاق واحد كما تقرر في علم الاصول وهو غير لازم من عبارة هؤلاء الشراح وقال الشارح
العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح ونظر صاحب الغاية فيه قلت نظره وارد ولكن تهمله غير مستقيم أما
وروده فلانه لم يستعمل أحد من السلف لفظ سعيد من غير نسبة وأراد به سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير
وأما أن تعليله غير مستقيم فلانه ادعى فيه لزوم عموم المشترك ولا نسلم ثبوت الاشتراك ههنا لان الاشتراك
ما وضع لمعان انتهى أقول كذا دخله ليس بشئ أما الاول فسلانه لا شك أن العلم هو لفظ سعيد لا مجموع
سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير فعدم استعمال السلف لفظ سعيد من غير نسبة في سعيد بن المسيب أو
سعيد بن جبير على تقدير ههنا ليس لعدم صحة اطلاق لفظ سعيد وحده على أحد منهم ما والاما كان علما
امكلا واحد منهم ما بل لفظهم زيادة اظهار المراد وتعيينه واذا كان مقصود المصنف تناول لفظ سعيد ههنا
للسعيد بن كما ذهب اليه هؤلاء الشراح لزمه ترك النسبة ووصح الاطلاق وأما الثاني فلان لفظ سعيد علم
مشترك والاعلام المشتركة مما تقرر أمره في علم النحو فكيف يمنع ثبوت الاشتراك ههنا وقوله لان
الاشتراك ما وضع لمعان لا يجدي شيئا لانه ان أراد بالمعاني ما يستفاد من اللفظ فهو متحقق في العلم المشترك
أيضا لا ريب وان أراد بها الصور العقلية المقابلة للاعيان الخارجية فليست تلك معتبرة في معنى المشترك
فإن المشترك ما وضع لمتعدد بوضع متعدد أي شئ كان ذلك المتعدد الموضوع له والامر في العلم المشترك

لها التكشف بين يدي أمتها ولم يزل هذا الاشكال بقوله أونسائهن لان مطلق هذا اللفظ يتناول الحريرات دون الاماء والباقي واضح والله أعلم

(قوله ليتناول السعيد بن) أقول فيلزم الجمع بين معني المشترك (قوله والحسن وغيرهما الخ) أقول عطف على سعيد في قال سعيد

(قوله فلودخلوا في قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم لزم التعارض) أقول فيه بحث كيف ولو صح ماذ كره لزم التعارض بين قوله قل

للمؤمنين الآية وبين قوله لا يبعولنن الآية تأمل فالجواب بأنه مستثنى الجواب

ولو كان تحته أمة غيره فقد ذكرناه في النكاح

فصل في الاستبراء وغيره

كذلك فإنه لا يتناول مسميته بوضع واحد بل لكل واحد منهم ما وضع مستقلاً كما عرف في موضعه ثم إن صاحب العناية علل كون المراد بالنص الاماء بوجه آخر حيث قال ولأن الذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للؤمنين بغضوا من أبصارهم فلو دخلوا في قوله عز وجل أو ما ملكت أيمانهم لزم التعارض انتهى أقول ليس ذلك بصحيح أما أولاً فلا يمتنع بخطاب الاناث أيضاً بقوله تعالى وقل للؤمنات بغضن من أبصارهن فإن مقتضى ما ذكره أن لا تدخل الاماء أيضاً في قوله عز وجل أو ما ملكت أيمانهم بناء على لزوم التعارض بينه وبين قوله تعالى وقل للؤمنات بغضن من أبصارهن مع أن دخول الاماء فيه جمع عليه وأما ثانياً فلأنه لا يلزم من كون الذكور من الممالك مخاطبين بقوله تعالى قل للؤمنين بغضوا من أبصارهم دخولهم في جانب الغاضين من أبصارهم لافي جانب من يجب غض البصر عنه وهو الذي منع النظر اليه فان كلمة من في قوله تعالى من أبصارهم للتبعض كما صرح به المفسرون فكان المعنى بغضوا بعضهم أبصارهم وهو غير معين فكانت تلك الآية مجملة في حق من منع النظر اليه فلو دخل الذكور من الممالك في قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم لم يلزم التعارض بين الآيتين أصلاً وإنما يلزم أن تكون إحدى الآيتين مبينة لما في الآية الأخرى من الاجمال وهو معنى صحيح حسن مقرر على كل حال فان قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم على تقدير أن لا يدخل فيه ذكور الممالك كما هو مذهبنا وكذلك انظاره من قوله تعالى الالبعلونهن أو آباؤهن أو آباء بعولتهن الى آخر الآية كلها مبينة للاجمال الواقع في الآية الأخرى كما لا يخفى على من دقق النظر وحقق (قوله ولو كان تحته أمة غيره فقد ذكرناه في النكاح) يعني قوله وإذا تزوج أمة فالأذن في العزل الى المولى عند أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف ومحمد أن الأذن اليها قال في البدائع وجه قولهما أن لها حقاً في قضاء الشهوة والعزل يوجب النقص فيه ولا يجوز الخس بحق الإنسان من غير رضاه ووجه قول أبي حنيفة أن الكراهية في الحرمة لمكان خوف فوت الولد الذي لها فيه حق والحق ههنا في الولد للمولى دون الأمة وقولهما فيه نقصان قضاء الشهوة قلنا نعم لكن حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال ألا يرى أن من الرجال من لا ماء له وهو يجمع امرأه من غير انزال ولا يكون لها حق الخصومة فدل هذا على أن حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال انتهى وأورد عليه بعض المتأخرين حيث قال أقول انما يمكن لها حق الخصومة لعدم صنع الزوج فيه بخلاف العزل فإنه يصنع ولهذا يحتاج الى رضاها في العزل لافيه انتهى أقول ليس هذا بشئ لان عدم صنع الزوج فيه لا يقتضي أن لا يكون لها حق الخصومة اذ لا شك أن حقها لا يسقط بمجرد عدم صنع الزوج فيما يبطل حقها ألا يرى أن للزوجة حق الخصومة في الحب والعنة بخلاف وان لم يكونا يصنع الزوج فتعين أن الوجه في أن لا يكون لها حق الخصومة فيمن لا ماء له وهو يجمعها من غير انزال كون حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال فكذلك في العزل تدبر

فصل في الاستبراء وغيره قال الشراح أخر الاستبراء لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق وقال بعض الفضلاء فان قلت أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة أو الإشارة فإنه يتضمن اللبس فالنهي عن المس نهى عنه فلم يذاعنونه بالوطء فتأمل انتهى أقول لا السؤال بشئ ولا الجواب أما الأول فلأنهم ما قالوا لان الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق حتى يتوجه السؤال بآين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق بل مرادهم أن الوطء المقيد بنفسه بعد الوطء المطلق نفسه فآخر ما يتعلق بالوطء المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق بالوطء المطلق وكيف يتوهم أن يكون مرادهم أن الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق وانتفاء المقيد

فصل في الاستبراء وغيره

أخر الاستبراء لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق يقال استبراء الجارية أي طلب براءة رجها من الحمل وأوطاس موضع على ثلاث مراحل من مكة كانت به وقعة للنبي صلى الله عليه وسلم الاستبراء واجب وله سبب وعلة وحكمة

فصل في الاستبراء

وغیره * (قوله لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق) أقول فان قلت أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة أو الإشارة فإنه يتضمن اللبس فالنهي عن المس نهى عنه فالهذه عنونه بالوطء فتأمل ثم قوله وطء مقيد أي مقيد بزمان

أما وجوبه فبحديث سبأيا أو طاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن جملهن ولا الحبالى حتى يستبرأن بحیضة ووجه الاستدلال به أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستمتاع بأبلغ نهى مع وجود الملك (١١١) المطلق له والبدا الممكنة منه وذلك

لا يكون إلا لوجوب وأما سببه فهو استحداث الملك والبدا لانه هو الموجود في مورد النص وأما علته فهي ارادة الوطء فانه لا يحل الا في محل فارغ فيوجب معرفة فراغه

(قال المصنف والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام في سبأيا أو طاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن جملهن ولا الحبالى الخ) أقول جمع الحائل وهي التي لا حبل لها وقيل انما قال الحبالى لتزواج الحبالى والقياس أن يقال الحوائل لانها جمع حائل وتطيره الغدايا والعشايا كذا في شرح الكاكي والقياس الغدوات (قوله مع وجود الملك المطلق) أقول تأمل في مدخلية هذا القيد في افادة النهى الوارد على أبلغ وجه وجوب الانتهاء فانها ليست بظاهرة الا أن يقال لو لم يوجد ذلك لكان النهى لما كيد الوجوب المعلوم سابقا (قوله وذلك لا يكون إلا لوجوب) أقول أى لوجوب الانتهاء (قوله لانه هو الموجود في مورد النص) أقول في الحصر كلام فان السبي من جملة ما وجد في

قال (ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرأ بها) والاصل فيه قوله عليه السلام في سبأيا أو طاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن جملهن ولا الحبالى حتى يستبرأن بحیضة أفاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في السبية وهو استحداث الملك والبدا لانه هو الموجود في مورد النص

لا يستلزم انتفاء المطلق كما لا يخفى فأنى يتصور أن يكون الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق وأما تحقق المقيد فيستلزم تحقق المطلق في ضمنه فيصح أن يقال الوطء المقيد بعد الوطء المطلق بناء على أن المركب بعد المفرد كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية وأما الثاني فلان مناه على أن يكون المراد أن الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت ما فيه وأيضا لا معنى لقوله فلهذا عنوانه بالوطء لان النهى عن المس اذا كان نهيا عن الوطء كان العنوان بالمس عنوانا بالوطء أيضا فكان ينبغي أن لا يعنون الفصل السابق بالوطء استقلالاً كما لم يذكر فيه النهى عن الوطء استقلالاً ثم أقول الظاهر أن مرادهم بالوطء المطلق المذكور فيما تقدم ما في مسألة العزل المذكورة قبيل فصل الاستبراء فان العزل أن يطأ الرجل فاذا قرب الانزال أخرج فينزل خارج الفرج وان مرادهم بالوطء المقيد ههنا ما قيد بزمان فان الوطء في الاستبراء مقيد بالزمان كما استعرفه وفي العزل مطلق عنه وأن المراد بالوطء المذكور في عنوان الفصل السابق أيضا ما في ضمن تلك المسئلة كما ثبت عليه في صدر ذلك الفصل (قوله ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرأ بها) أقول في اطلاق هذه المسئلة نظرفان من اشترى جارية كانت تحت نكاحه أو كانت تحت نكاح غيره ولكن طلقها وزوجها بعد أن اشتراها وقبضها أو كانت معتدة الغير فانقضت عدتها بعد أن اشتراها وقبضها لم يلزمه الاستبراء في شيء من هذه الصور كما صرحوا به وسيظهر مما ذكرنا في حيلة الاستبراء مع أن كلامنا من هاتيك الصور داخلة في اطلاق هذه المسئلة كما ترى فكان المناسب تقييدها بما يخرج تلك الصور (قوله لانه هو الموجود في مورد النص) قال بعض الفضلاء في الحصر كلام فان السبي من جملة ما وجد في مورد النص وهو يصلح للسبية فان الظاهر أن المملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرأ صيانة لمائه ثم مباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المملك حينئذ انتهى أقول كلامه ساقط اذا شئت أن مراد المصنف حصر ما يصلح للسبية في مورد النص في استحداث الملك والبدا فالمعنى لانه أى استحداث الملك والبدا هو الموجود الصالح للسبية في مورد النص وقول ذلك القائل وهو يصلح للسبية ممنوع فان ما ذكره من الحكمة فيه والعلة الحقيقية انما تقتضى أن يكون السبب فيه هو استحداث الملك والبدا من غير مدخل فيه للسبي كما لا يخفى على من تأمل في تقرير المصنف في بيان الحكمة فيه وبيان علته الحقيقية وما يكون دليلا عليه على أن تاج الشريعة قد تكفل ببيان عدم مدخلية السبي في السبية بأوضح وجه حيث قال لا يقال الموجب كونها مسببة لان كونها مسببة اضافة والاضافات لا مدخل لها في العلة لانه لو اعتبر ذلك انسداد باب القياس وانه مفتوح بالنصوص فلم يبق ههنا الا كونها مملوكة رغبة وبدا وهو المؤثر كما ذكر في الكتاب انتهى ثم ان قول ذلك القائل فان الظاهر أن المملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرأ صيانة لمائه ثم مباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المملك حينئذ ممنوع أيضا فان علة الاستبراء هي ارادة الوطء والمشتري هو الذي يريد دون البائع ولهذا يجب الاستبراء على المشتري لا على البائع كما سيأتى في الكتاب فغن أين كان استبراء المملك قبل مباشرة السبب ظاهرا ولئن سلم كونه ظاهرا

مورد النص وهو يصلح للسبية فان الظاهر أن المملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرأ صيانة لمائه ثم مباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المملك حينئذ نعم يلحق به الارث والوصية فتأمل

وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للبناء المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاستنباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بما محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لاعلى البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطء والمشتري هو الذي يريد دون البائع فيجب عليه

بالنظر الى ما هو اللائق بحال المسلم من صيانة مائه فذلك لا ينافي وجوب الاستبراء على المملاك بناء على توهم شغل الرحم بما محترم فان مجرد توهمه كاف في وجوبه كما سيظهر من البيان الآتي في الكتاب (قوله وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للبناء المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاستنباه) أورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال يرد عليه أنهم ينكرون انعلاق الولد الواحد من مائه لعدم امكان الاختلاط بينهم ما على ما صرح في باب التدبير والاستيلاء فكيف بنوا ههنا حكمة الاستبراء على جوازها انتهى أقول ليس هذا بشئ اذ ليس المراد بالاختلاط المذكور في قولهم صيانة للبناء المحترمة عن الاختلاط الاختلاط الحقيقي بل المراد به هو الاختلاط الحكمي وهو أن لا يتبين أن الولد من أي ماء انعلق يرشد اليه قول المصنف والانساب عن الاستنباه ويفصح عنه قول صاحب السكا في تعليل الاختلاط اذ لو وطئها قبل أن يتعرف براءة رجمها فجاءت بولد فلا يدري أنه منه أو من غيره انتهى والذي ينكرونه انما هو اختلاط الماء من اختلاط حقيقي فلا تدافع بين الكلامين في المقامين (قوله وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بما محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب) لا يخفى على ذي فطنة سليمة ان في مرجع ضمير هو في قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب نوع استنباه وعن هذا قد افرقت آراء الناظرين فيه فقال صاحب الغاية قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب أي المراد من توهم الشغل بما محترم وهو أن يكون الولد بحيث يمكن اثبات نسبه من غيره انتهى أقول فيه خلل فان تفسيره المذكور يشعر بارجاعه ضميره الى توهم الشغل بما محترم وليس بسد لان الامر في حقيقة الشغل بما محترم أيضا كذلك فلا وجه للتخصيص بتوهم الشغل على أنه لم يذكرا يصح حل قوله أن يكون الولد ثابت النسب بالمواطاة على ضمير هو الراجع الى توهم الشغل على مقتضى تقريره ولا يتم المعنى بدون ذلك اذ لا شك أن توهم الشغل بما محترم ليس نفس أن يكون الولد ثابت النسب حتى يصح حمله عليه بالمواطاة تأمل وقال بعض الفضلاء قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب أي الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب وحذف الجار مع أن وان قياس انتهى أقول فيه أيضا خلل فان الاستبراء مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى عن أن يكون مرجعا لضمير هو ههنا ليس هو لان يكون الولد ثابت النسب بل لارادة الوطء نظرا الى علمه وتعرف براءة الرحم نظرا الى حكمته كما يدل عليه عبارة الكتاب فيما قبل وما بعد كيف ولولم يدع المشتري نسب الولد الذي جاءت به المشتراة بعد أن استبراء أهله ثبت نسب ذلك الولد منه لكون فراش الامة ضعيفا على ما عرف في محله فإمعن القول بان الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب فتأمل وأقول في حل المقام ان ضمير هو ههنا راجع الى ماء محترم منذ كور قبيله فالمعنى وهو أي الماء المحترم بان يكون الولد ثابت النسب على حذف الجار من كلمة ان كما هو القياس على ما عرف في علم النحو وكون الولد ثابت النسب انما يتحقق بأن تكون الامة من قبل في ملك الغير نكاحا أو عينا فتدبر قال تاج الشريعة وانما قيد بما محترم وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية اذا كانت حاملا من الزنا لا يحل وطؤها لانه أخرج الكلام مخرج أوضاع الشرع لان وضع الشرع أن لا يكون الا في الحلال انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب العناية في خلاصة هذا التوجيه حيث قال في بيان ماء محترم بأن لا يكون من بغي وقال وانما قيد بذلك وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها لحال على الصلاح انتهى وسلك بعض المتأخرين في توجيهه التقييد بما محترم مسلكا آخر وقصد رد التوجيه الاول حيث قال ولا يكون من بغي

وأما حكمته فهو والتعرف عن براءة الرحم صيانة للبناء المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاستنباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهمه بما محترم بأن لا يكون من بغي وانما قيد بذلك وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها لحال على الصلاح أما الحكمة فلا تصلح لاضافة الحكم اليها لتأخرها عنه

(قال المصنف وهو أن يكون الولد الخ) أقول أي الاستبراء لان يكون الولد الخ وحذف الجار مع أن وأن قياس (قال المصنف لان العلة الحقيقية ارادة الوطء) أقول لعل المراد هو التمكن الشرعي (قوله وانما قيد بذلك الى قوله على الصلاح) أقول قوله حلا تعليل لقوله وانما قيد وقوله فان الجارية تعليل لقوله كذلك (قوله ولتأخرها عنه) أقول ولبطء منها

غير أن الإرادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن انما ينبت بالملك واليد
فانتصب سببا وأدبر الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم
الى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك

الماسبق في كتاب النكاح ان نكاح المرتبة ووطأها جائز بلا استبراء فاذا جاز ووطأها بلا استبراء مع
تحقق الزنا فجواز مع احتمال اولي ولا يرد عليه النقض بالجارية الحامل من الزنا فانه لا يحل ووطؤها
لان ذلك شغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطئ ذلك عدم حله لشغل محتمل على أن عدم جواز وطئها
ليس لاحترام الماء بل لثلايق ماؤه زرع غيره كما مر في كتاب النكاح الى هنا كلامه أقول فيه خلل
من وجوه الاول ان قوله لما سبق في كتاب النكاح ان نكاح المرتبة ووطأها جائز بلا استبراء ليس بتعامل
صحيح للمدعى ههنا لان جواز نكاح المرتبة وجواز وطئ الزوج بلا استبراء لا يدل على جواز وطء الجارية
المرتبة للتملك بلا استبراء وكيف والذي سبق في كتاب النكاح هو أنه اذا رأى امرأة تزنى فتزوجها
حل له أن يوطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا أحب له أن يوطأها ما لم يستبرأ
لانه احتمال الشغل بماء الغير فوجب التنزه كما في الشراء وله ما أن الحكم بجواز النكاح أمانة الفراغ بلا
يؤمر بالاستبراء بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل فقد تلخص منه أنه لا خلاف في وجوب الاستبراء
في الشراء مطلقا وانما الخلاف في الاستبراء في نكاح المرتبة والكلام ههنا في الشراء ونحوه من التملكات
فلا يتم التقريب أصلا والثاني ان قوله فاذا جاز ووطأها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجواز مع احتمال
أولي ليس بمستقيم لان مجرد احتمال الزنا لو كان محجوزا للوطء بلا استبراء لا يرفع وجوب الاستبراء
في باب تلك الجارية بالكتابة اذا احتمال الزنا غير منتف في كل جارية مما لو كانت وان كان مراده أنه اذا جاز
وطأها بلا استبراء في صورة النكاح مع تحقق الزنا فجواز مع احتمال اولي في تلك الصورة لا يتم التقريب
كما لا يخفى والثالث ان قوله في دفع النقض بالجارية الحامل من الزنا لان ذلك شغل محقق ولا يلزم من
عدم حل وطئ ذلك عدم حله لشغل محتمل انما يتم أن لو كان الاحترام في قول المصنف بماء محتمل قيد
لنهم الشغل فقط لا لمجموع حقيقة الشغل وتوهم الشغل معا والظاهر من كلام المصنف أن يكون قيدا
للمجموع وقد أفصح عنه ذلك البعض من قبل حيث قال في شرح قول المصنف وهو أن يكون الولد
ثابت النسب وهو أي احترام الماء سواء اشتغل به الرحم حقيقة أو توهم أن يكون الولد الحاصل منه
ثابت النسب انتهى فاذا كان قيد المجموع يرد النقض بالجارية الحامل من الزنا فان رجها مشغول
حقيقة بماء غير محترم مع وجوب الاستبراء فيها أيضا والرابع أن قوله على أن عدم جواز وطئها ليس
لاحترام الماء بل لثلايق ماؤه زرع غيره كما مر في كتاب النكاح مما لا حاصل له ههنا فان مدار النقض
المدكور على عدم احترام الماء في الحامل من الزنا حيث وجب الاستبراء في الجارية الحامل من الزنا أيضا
مع عدم احترام الماء فيها فانه نقض بماء التقييد بماء محترم عكسا والقول بان عدم جواز وطئها ليس
لاحترام الماء فيها لا يدفع النقض بل يؤيده كما لا يخفى (قوله غير أن الإرادة أمر مبطن فيدار الحكم على
دليلها وهو التمكن من الوطء) قال صاحب العناية في بيان هذا فان صحيح المزاج اذا تمكن منه أراده ورد
عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان غير صحيح المزاج ممنوع أيضا عن الوطء ودواعيه وقال
ولعل الاولى أن يقول فان الظاهر أن المتمكن منه يريده والتمكن انما ينبت الخ والمراد من التمكن هو
التمكن الشرعي انتهى أقول كل من اراده وما اختاره ليس بتمام أما الاول فلان كون غير صحيح المزاج
ممنوعا أيضا عن الوطء ودواعيه ممنوع فان غير صحيح المزاج عاجز عن الوطء والمنع عن الشيء انما يكون عند
القدرة عليه ألا يرى أنه لا معنى لان يقال الاعي ممنوع عن النظر الى المحرمات وعن هذا قال تاج الشريعة
في بيان ان الاستبراء يجب على المشتري لا على البائع لان الشارع نهى عن الوطء والنهي انما يستقيم

وأما العلة ههنا فكذلك
لان الإرادة أمر مبطن
لا يطلع عليه لان بعض من
يستحدث الملك قد لا يريده
ذلك فيدار الحكم على دليل
الإرادة وهو التمكن من
الوطء فان صحيح المزاج اذا
تمكن منه أراده والتمكن
انما ينبت بالملك واليد
فانتصب سببا وأدبر الحكم
عليه وجودا وعدمه ما تيسر
هذا في المسببة ثم تعدى الحكم
الى سائر أسباب الملك كالشراء
والهبة والوصية والميراث
والخلع بأن جعلت الامة
بدل الخلع والكتابة بأن
جعلت الامة بدلا فيها فان
قبل الموجب ورد في المسببة
على خلاف القياس لتحقيق
المطلق كما ذكرتم فهلا
يقتصر عليها فالجواب أن
غيرها في معناها حكمة وعلة
وسببا فالحق بهادلالة -

(قال المصنف وأدبر الحكم
عليه) أقول وجودا وعدمه
كما يحكى في هذه الحقيقة
(قوله فان صحيح المزاج اذا
تمكن منه الخ) أقول فيه
بحث فان غير صحيح المزاج
ممنوع أيضا عن الوطء
ودواعيه ولعل الاولى أن
يقول فان الظاهر أن
التمكن منه يريده والتمكن
انما ينبت الخ والمراد من
التمكن هو التمكن الشرعي

واذا ظهر هذا قلنا وجب على المشتري من مال الصبي بان يباع أبوه أو وظيفه وان كان لا يتحقق الشغل شرعا فيحتاج الى التعرف عن البراعة ومن المرأة والمملوك المأذون له في التجارة ومن لا يحمل له وطؤها لكونها أخته رضاعا أو ورثها وهي موطوءة أبه وكذا اذا كانت بكر التحقق السبب وهو استحداث

(١١٤)

وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك ومن لا يحمل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكر الموطأ التحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيه فمحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحبيضة التي اشتراها في أثنائها ولا بالحبيضة التي حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة له بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف رحمه الله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يده المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها شراء صحيحا لما قلنا (ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي) لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزأ بالحبيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية أو مكاتبية بأن كانتا بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبية لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتضى للحل والحرمة لما نفع كما في حالة الحيض (ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآية أو ردت المغصوبة أو المواجهة) أو فسدت المهرونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادبر الحكم عليه وجودا وعدمها وله انظار كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة الوطء حرم الدواعي لافضائها اليه أو لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الجبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يقضي الى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول أصدق الرغبات فتفرض اليه

وقال أبو يوسف رحمه الله يجتزأ بها للحصول المقصود وهو تعرف البراعة ولا بالتى حصلت بعد الاستحداث بسبب من الاسباب قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها أي بعد أسباب الملك قبل القبض لتحقق ذلك قبل تمام السبب لان السبب استحداث الملك واليد وهي انما تكون بالقبض ولا معتبر بالحكم قبل السبب وما بعده واضح وقوله (لما قلنا) إشارة الى قوله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب (ولا يجب الاستبراء على الآية) يعني التي أبقت في دار الاسلام ثم رجعت الى مولاه فان أبقت الى دار الحرب ثم عادت اليه بوجه من الوجوه فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله لانهم لم يملكوها فلم يحدث الملك وعندهما يجب عليه الاستبراء لانهم يملكوها وقوله (حرم الدواعي لافضائها اليه) أي الى الوطء كما اذا ظاهر من امرأته فانه حرم وطئها وحرم دواعيه لافضائها اليه

(قوله وقال أبو يوسف

عند تمكن الوطء والتمكن للمشتري لانه هو المملك لا على البائع لانه معرض انتهى وأما الثاني فلانه كيف يكون المراد من التمكن ههنا هو التمكن الشرعي والظاهر أن التمكن الشرعي مما هو محرم شرعا غير متصور والوطء قبل الاستبراء محرم قطعاً ولا شك أن علة الاستبراء مقدمة عليه فلا بد أن يكون دليلها أيضاً مقدمة عليه والمفروض أنه هو التمكن من الوطء فلو كان المراد من ذلك التمكن هو التمكن الشرعي دون التمكن الطبيعي لزم أن يتمكن من المحرم الشرعي تمكناً شرعياً وهو ظاهر المحذور تأملاً (قوله وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك ومن لا يحمل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكر الموطأ التحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لخفاها) وعن هذا قالوا ان الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد واعترض عليه صدر الشريعة في شرح الوقاية وأجاب حيث قال رد عليه أن الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الانواع المضبوطة فاذا كانت الامسة بكر أو مشتراة فمن لا يثبت نسب ولدها منه ينبغي أن لا يجب الاستبراء لان عدم الشغل بالماء المحرم متيقن في هذه الانواع والجواب أنه انما يثبت بالنص لقوله عليه السلام في سبائا وطاس ألا توطأ الجبال حتى يضعن جلهن ولا الحياى حتى يستبرأن بحبيضة فان السبب لا يتحقق من أن يكون فيها بكر أو مسبية من امهات ونحو ذلك ومع هذا حكم النبي صلى الله عليه وسلم حكماً عاماً فلا يختص بالحكمة فاذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر أسباب الملك كذلك قياساً فان العلة معلومة ثم تأيد ذلك بالاجماع الى هنا كلامه وأجاب صاحب الاصلاح والايضاح عن الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ان توهم الشغل ثابت في البكر وفي المشربة من لا يثبت نسب ولدها منه أما في الاولى فلان احتمال وصول الماء الى الرحم قائم بدون زوال العذرة وأما في الثانية فلما ذكر في الكافي من أن المعتبر التوهم

يجتزأ بها) أقول الاولى تأخير عن قوله ولا بالولادة (قوله إشارة الى قوله لان السبب استحداث الملك الخ) أقول فان قبل المشتري شراء فاسدا يملك بالقبض على ماهر فالسبب موجود فيه قلنا المطلق ينصرف الى الكامل فالمراد استحداث الملك الصحيح

ولم يذ كر الدواعي في المسببة وعن محمد أنها لا تحرم لأنها لا يحتمل وقوعها في غير الملك لأنه لو ظهر بها جيل لا تصح دعوة الحربي

سواء كان من المالك أو من غيره ورد الجواب الذي ذكره صدر الشريعة بان الاعتراض المذكور ليس على الحكم حتى يندفع ببيان وجه ثبوته عام بل على الحكمة بانها لا تصلح حكمة لعدم اطرادها بحسب الانواع المضبوطة انتهى وقال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك الرد هذا الرد مردود لان معنى الجواب المذكور على أن وجوب رعاية الحكمة في الانواع ليعم الحكم تلك الانواع لالتكون الحكمة حكمة فحاصله أن الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها اه أقول ليس هذا بشي فان شرع الصانع الحكيم لا يخلو عن الحكمة والفائدة فنهاما لا يتيسر وقوف البشر عليه ومنها ما يتيسر ذلك ولما كان ما نحن فيه من قبيل الثاني تعرض الفقهاء قاطبة لبيان الحكمة فيه فقالوا انهم انعرف براءة الرحم صيانة للياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم وهذا لا ينافي ثبوت عموم الحكم بدليل من الادلة الشرعية فان الدليل الشرعي في كل حكم شرعي مما لا بد منه وهو غير الحكمة فيه ولا يدفع الحاجة الى ثبوت الحكمة فيه فقوله فحاصله أن الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها خروج عن سنن الصواب جدا فان ما له الاعتراف بعدم صلاحية ما عده أساطين الفقهاء حكمة في هذه المسئلة لأن يكون حكمة فيها هو ذا مما لا يتيسر عليه المشرع ثم أقول بقي شيء آخر في جواب صدر الشريعة وهو أن قوله فاذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر أسباب الملك كذلك قياسا ليس بنام فان النص ورد في المسببة على خلاف القياس لتحقيق المطلق للاستماع بها وهو الملك كما صرح به في العناية وغيرها وشرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معدولا عن سنن القياس كما عرف في علم الاصول فاني يتيسر اثبات الحكم في سائر أسباب الملك بطريق القياس فالوجه أن يقال دلالة بدل قوله قياسا فان الشرط المذكور منتف في الدلالة فيستقيم المعنى تبصر (قوله ولم يذ كر الدواعي في المسببة وعن محمد أنها لا تحرم) قال في العناية واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهي المسببة الى الفرع وهو غيرا بتغيير حيث حرمت الدواعي في غير المسببة دونها وأجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين أحدهما ان التعدى ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثاني أن ما دل على حرمة الدواعي في غير المسببة أمران الانتفاء والوقوع في غير الملك فان لم تحرم بالثاني فلتحرم بالاول اذا الحرمة تؤخذ بالاحتياط ويمكن أن يجاب عنه بان التعدي ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للحق به لعدمه والدليل هنا أن حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعي وإنما كثر الفقهاء مرجعهم الله فلما كان علما في المسببة أمرا واحدا لم تعتبر ولما كان في غيرها أمران تعاضدا اعتبرتا الى هنا لفظ العناية أقول في قوله فلما كان علما في المسببة أمرا واحدا لم تعتبر نظرا فان العلة اذا كانت علة صحيحة تامة فوحدها لا تنافي اعتبارها ولا تضرب بالعمل بها وان كان الحكم مما وقع الاجتهاد في خلافه كيف ولم ينقل عن أحد أن العلة الواحدة لا تكفي في المسائل الخلافية بل يرى كثيرا من الخلافات قد اكتفوا فيها بعلة واحدة والحرمة مما يؤخذ فيه بالاحتياط فكان الاكتفاء فيها بعلة واحدة أولى والظاهر أن الانتفاء الى الحرام علة صحيحة تامة وله هذا قالوا في تعاميل حرمة الدواعي قبل الاستبراء في غير المسببة لانفائها الى الوطاء الحرام أو لاحتمال وقوعها في ملك الغير ولا شك أن كلمة أو تدل على استقلال كل واحدة من العلتين واكتفوا في تعاميل حرمة الدواعي في كثير من المسائل بالعلة الاولى كما في الطهارة

أنها لا تحرم واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهي المسببة الى الفرع وهو غيرا بتغيير حيث حرمت الدواعي في غير المسببة دونها وأجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين أحدهما أن التعدى ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثاني أن ما دل على حرمة الدواعي في غير المسببة أمران الانتفاء والوقوع في غير الملك فان لم تحرم بالثاني فلتحرم بالاول اذا الحرمة تؤخذ بالاحتياط ويمكن أن يجاب عنه بان التعدي ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للحق به لعدمه والدليل هنا أن حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعي وإنما كثر الفقهاء مرجعهم الله فلما كان علما في المسببة أمرا واحدا لم تعتبر ولما كان في غيرها أمران تعاضدا اعتبرتا الى هنا لفظ العناية أقول في قوله فلما كان علما في المسببة أمرا واحدا لم تعتبر نظرا فان العلة اذا كانت علة صحيحة تامة فوحدها لا تنافي اعتبارها ولا تضرب بالعمل بها وان كان الحكم مما وقع الاجتهاد في خلافه كيف ولم ينقل عن أحد أن العلة الواحدة لا تكفي في المسائل الخلافية بل يرى كثيرا من الخلافات قد اكتفوا فيها بعلة واحدة والحرمة مما يؤخذ فيه بالاحتياط فكان الاكتفاء فيها بعلة واحدة أولى والظاهر أن الانتفاء الى الحرام علة صحيحة تامة وله هذا قالوا في تعاميل حرمة الدواعي قبل الاستبراء في غير المسببة لانفائها الى الوطاء الحرام أو لاحتمال وقوعها في ملك الغير ولا شك أن كلمة أو تدل على استقلال كل واحدة من العلتين واكتفوا في تعاميل حرمة الدواعي في كثير من المسائل بالعلة الاولى كما في الطهارة

(قوله ولا يبعد أن يكون الاحاق دلالة حكم الدليل) أقول لم لا يجوز مثل ذلك في القياس فانه يكون بدليل آخر وليس بتغيير يستلزم فقد ان شرط القياس فليتامل

وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله والرغبة في المشتراة أصدق الرغبات وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن وقوله (وان ارتفع حيضها) (١١٦) أى امتد طهرها فى أو ان الحيض لا يبطؤها حتى اذا تبين أنها ليست بحامل جامعها

لان المقصود نعرف براءة

الرحم وقد حصل بعض

مدة تدل على أن الحبل

لو كان اظهر وليس فيها

تقدير في ظاهر الرواية

عن أبي حنيفة وأبي يوسف

رحمهما الله إلا أن مشايخنا

رحمهم الله قالوا يتبين ذلك

بشهرين أو ثلاثة على

ما ذكر في الكتاب الخ

قيل والاول أصح وهو أن

يتركها شهرين أو ثلاثة

اظهار الحبل في ذلك غالبا

وقوله (ثم يشتريها ويقبضها

أو يقبضها) أى ونشر يعنى

يشتريها ويقبضها اذا

زوجها البائع أو يقبضها

اذا زوجها المشتري قبل

القبض وقيل بقوله من

يوثق به لانه اذا لم يوثق به رعا

لا يطلقةا فكان احتيالا

عليه لاله والحيلة في تمشية

هذه الحيلة أن يزوجهاعلى

أن يكون أمرها بيده

يطلقها متى شاء وقيل بقوله

ثم يطلق الزوج يعنى بعد

القبض لانه ان طلقها قبله

كان على المشتري الاستبراء

اذا قبضها فى أصح الروايتين

عن محمد رحمه الله لانه اذا

طلقها قبل القبض فانا

قبضها والقبض بحكم العقد

متممة العقد صار كأنه اشتراها

في هذه الحالة وليست في

تكاح ولا عدة فلزمه الاستبراء

بخلاف المشتراة على ما بينا (والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل) لما روينا (وفى ذوات الاشهر بالشهر) لانه أقيم فى حقهن مقام الحيض كما فى المعتدة واذا حاضت فى اثنا عشر يوما بطل الاستبراء بالايام لا بالعدة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما فى المعتدة فان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين أنها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير فى ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين أو ثلاثة وعن محمد أربعة أشهر وعشرة أيام وعنه شهران وخمسة أيام اعتبارا بعد عدة الحرة والامه فى الوفاة وعن زفر سنان وهو رواية عن أبي حنيفة قال (ولا بأس بالاحتمال لاسقاط الاستبراء عند أبي يوسف خلافا لمحمد) وقد ذكرنا الوجهين فى الشفعة والمأخوذ قول أبي يوسف فيما اذا علم أن البائع لم يقتر بها فى طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قتر بها والحيلة اذا لم يكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة أن يزوجه البائع قبل الشراء أو المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها أو يقبضها أو يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض

والاعتكاف والاحرام وفى المنكوحه اذا وطئت بشبهة كما سيجى فى الكتاب هذا وقد أورد بعض المتأخرين على قول صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بان التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون لاحق دالة حكم الدليل لم يكن للحق به لعدمه حيث قال بعد نقل ذلك ولا يخفى أن كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس غير مسلم انتهى أقول ليس هذا بمستقيم أما أولا فلان المنع وظيفة المحب فان حاصل جوابه منع كون التعدية فيما نحن فيه بطريق القياس حتى يلزم المحذور المذكور فى النظر وهو تعدية الحكم من الاصل الى الفرع بتغيير كما عرف فى علم الاصول والاستناد بأنها يجوز أن تكون بطريق الدلالة ولا استحالة للتغيير فى هذا الطريق فبقا له منعه بمنع كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس خروج عن قواعد آداب المناظرة وأما ثانيا فلان منعه كون التعدية فيما نحن فيه من قبيل الدلالة دون القياس ساقط جدا اذ قد تقرر فى أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الاصل مع دولا عن القياس وقد ذكر صاحب العناية فيما مر أن حكم الاستبراء ثابت على خلاف القياس لتحقيق الملك المطلق للاستمتاع فلا مجال للقياس فيه وانما يتيسر الالحاق بطريق الدلالة وقد أشار اليه ههنا بقوله كما تقدم فلا وجه للمنع المذكور بعد ذلك ثم ان ذلك البعض فى هذا المقام كلمات أخرى واهية يطول بذكرها الكلام بلا طائل فصغنا عن التعرض لها وما للاختصار (قوله بخلاف المشتراة على ما بينا) قال صاحب العناية وقوله على ما بينا إشارة إلى قوله والرغبة فى المشتراة أصدق الرغبات انتهى وتبعه العيني أقول هذا خط ظاهر اذ لا فرق بين المسبية والمشتراة فى كون الرغبة فى كل واحد منهما أصدق الرغبات فكيف يصح أن يشتر المصنف فى بيان الخلاف بينهما الى ما لا فرق بينهما فيه أصلا وانما الصواب أن قوله على ما بينا إشارة إلى قوله أولا احتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحمل ودعوة البائع اذ هو الفارق بين المسبية والمشتراة كما يدل عليه قطعنا قوله لانها لا تختمل وقوعها فى ملك الغير لانه لو طهر رجاها قبل لا تصح دعوة الحربي أه (قوله والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل لما روينا) قال صاحب العناية وقوله لما روينا إشارة إلى قوله عليه السلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن انتهى أقول قد سمعنا الشارح المذكور فى لفظ الحديث الذى رواه المصنف فيما مر حيث قال ولا الحبالى حتى يضعن حملهن مع أن لفظه ألا لاوطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى حتى يستبرأ ولعمري ان هذا كان أظهر من أن يخفى فكان السهو ووقع من طغيان القلم فالتة خير حافظا (قوله والحيلة اذا لم يكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها) قال

اذا

(قوله وقوله على ما بينا إشارة إلى قوله والرغبة الخ) أقول بل إشارة إلى قوله ولا احتمال وقوعها فى

غير الملك على اعتبار ظهور الحمل ودعوة البائع فان بذلك يظهر الفرق بين المسبية والمشتراة ولا وجه لجعله إشارة إلى ما ذكره كما لا يخفى

إذا لم يكن فرجها حلالاً لا يجب الاستبراء وإن حل بعد ذلك لأن المعتبر أن وجود السبب كما إذا كانت معتدة الغير قال (ولا يقرب المظاهر ولا يمس ولا يقبل ولا يتظر إلى فرجها بشهوة حتى يكفر) لأنه لما حرم الوطء إلى أن يكفر حرم الدواعي للأفضاء البه لان الأصل أن سبب الحرام حرام كافي الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحه اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم

بعض المتأخرين أطلقوا المسئلة ولم يقيدوها بكون القبض قبل الشراء لا بعده مع وجوب هذا التقيد قال الامام قاضيان في فتاواه في تصوير المسئلة اذا أراد أن يشتري الجارية يتزوجها المشتري قبل الشراء اذا لم يكن في نكاحه حرة ثم يسلمها اليه المولى ثم يشتري فلا يجب عليه الاستبراء ثم قال وانما شرط تسليم الجارية قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاً بخلاف ما لو سلمها قبل الشراء فان القبض السابق بحكم التزوج وان عرض له كونه قبضاً بحكم الشراء إلى هنا كلام ذلك البعض أقول فيه خلل أما أولاً فلأنه جزم بوجوب تقييد هذه المسئلة بكون القبض قبل الشراء لا بعده واستشهد عليه بما ذكره الامام قاضيان في فتاواه وليس يتم فان ما ذكره الامام قاضيان انما هو قول بعض المتأخرين من المشايخ ومختار نفسه وأما عامة المشايخ فلم يشترطوا في هذه المسئلة كون القبض قبل الشراء وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني وان لم تكن تحت المشتري حرة فلا سقط الاستبراء حيلة أخرى وهي أن يتزوجها المشتري قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها فلا يلزمه الاستبراء لان النكاح يثبت له عليها الفراش وانما اشتراها وهي في فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على فراغ رجها من ماء الغير انتهى والمصنف قد اختار قول هؤلاء فلذلك أطلق المسئلة ولم يقيدوها بكون القبض قبل الشراء وأما ثانياً فلان قوله يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاً ليس بسديد لان حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاً لا يوجب الاستبراء بل يقتضي سقوط الاستبراء ألا يرى إلى قول المصنف فيما بعد لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالاً لا يجب الاستبراء وإن حل بعد ذلك وكان الصواب أن يقول وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض بعد أن لم يكن فرجها حلالاً بفساد النكاح بملك اليمين تامل تقف ثم قال ذلك البعض ثم ان صاحب الكافي سلك طريقة المصنف ولم يلقه في هذا الشرط الا انه صور المسئلة بصورة تأخير التسليم نصيبه على عدم الاشتراط به وعلى المسئلة بما يدل على سقوط الاستبراء في صورتين معا فقال والحيلة ان لم تكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها في قبضها فلا يلزم الاستبراء لان النكاح يثبت له عليها الفراش وانما اشتراها وهي في فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على تبين فراغ رجها من ماء الغير ثم الحل لم يتجدد بملك الرقبة لانها كانت حلالاً بالنكاح قبل ذلك انتهى فان قلت لان سلم عدم تجدد الحل بملك اليمين فانها وان كانت حلالاً بالنكاح الا أنه زال ذلك بزواله بالشراء فزمان الشراء خال عن الحل أما عن الحل الحاصل بالنكاح فظاهر لانه زمان زواله وأما عن الحل الحاصل بملك اليمين فلانه يستعقبه الشراء فان المشتري ما لم يفرغ عن التلطف بلفظ اشتريت بعد ايجاب البائع لم يحصل له الحل قلت هذه مغالطة لان وجود العلة يقارن وجود المعلول لا يستعقبه فزمان التلطف بالحرف الاخير في اشتريت هو زمان وجود الشراء والحل وزوال النكاح لا يقال سلمنا أن نوع الحل مستمر ولا يوجد زمان خال عن الحل ولم يحدث نوع الحل الا انه حدث حل هو أثر ملك اليمين وذلك كاف في وجوب الاستبراء لانا نمنع ذلك بل الواجب حصول الحل بملك اليمين بعد أن لم تكن حلالاً بسبب من الاسباب هذا غاية توجيه كلامه لكنه بعد محل نظر اذ لقائل أن يقول الشراء

وقوله (إذا لم يكن فرجها حلالاً لا يجب الاستبراء) لان القبض انذاك ليس بممكن من الوطء والممكن منه جزء العلة ألا ترى أن تزويج المشتري وان كان قبضاً حكماً لم يعتبر لكونه من باب التمكن وقوله (كما اذا كانت معتدة الغير) يعني اذا اشترى أمة معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء لان عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالاً للمشتري فلما لم يجب وقت الاستحداث لم يجب بعده لعدم تجديد السبب قال (ولا يقرب المظاهر ولا يمس الخ) هذه المسئلة ليست من مسائل الاستبراء لكنها مذكورة في الجامع الصغير استطراداً فان الكلام لما انساق في الاستبراء إلى حرمة الدواعي وفي هذه المسئلة حرمة الدواعي ذكرها ويجوز أن يقال صدر الفصل بالاستبراء بالاشتراء وغيره

(قوله ويجوز أن يقال صدر الفصل بالاستبراء الخ) أقول لكنهما من مسائل باب الطهارة

لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرها فبرضاها كثر العمر نفلا في المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها القصور مددها وقد صرح أن النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال (ومن له أمانان أختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يجامعها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملاك فرج الاخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها)

وقوله (لان الحيض يمتد شطر عمرها) قال في النهاية أي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر وفيه نظر لانه يشير الى ان الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي رحمه الله علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما وقوله (ومن له أمانان أختان فقبلهما) هذه على ثلاثة أوجه اما ان قبلهما أول يقبلهما أو قبل احدهما فان لم يقبلهما أصلا كان له أن يقبل ويوطأ أيتهما شاء سواء كان اشتراهما معا أو على التعاقب وان كان قبل احدهما كان له أن يوطأ المقبلة دون الاخرى وأما اذا قبلهما بشهوة وقيد بذلك لانه اذا لم يكن بشهوة لا يكون معتبرا فالحكم ما ذكره في الكتاب

سبب الملك وحل الوطء حكمه وحكم الشيء يتعقبه فرمان وجود الملك خال عن الحل مطلقا فيجب الاستبراء تقدم التسليم أولا فلم يصلح ما ذكره حيلة لاسقاطه أصلا فتأمل فان هذا من المطارح الى هنا لفظ ذلك البعض أقول ما أورده في حاشية كلامه ليس بشيء فانه ان أراد بقوله وحكم الشيء يتعقبه أنه يتعقبه زمانا البتة فهو ممنوع جدا وان أراد به أنه يتعقبه ذاتا أي يتوقف عليه فهو مسلم ولكن لا يلزم منه أن يكون زمان وجود الملك خاليا عن الحل مطلقا وبالجملة لزم تأخر حكم الشيء عن الشيء زمانا ممنوع ولزم تأخره عنه ذاتا مسلم ضرورة كون حكم الشيء متفرعا عليه ولكن لا يلزم منه خلو زمان ما عن الحل مطلقا فمن نحن فيه حتى يجب الاستبراء (قوله لان الحيض يمتد شطر عمرها) قال صاحب النهاية أي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر انتهى واقتنى أثره صاحب الكفاية وقال صاحب معراج الدراية أي قريب شطر عمرها وهو الثلث أو المراد البعض انتهى وقال صاحب العناية به بدقل ما في النهاية وفيه نظر لانه يشير الى أن الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما انتهى أقول نظره ساقط جدا فان الحديث الذي استدله الشافعي علينا هو قوله عليه السلام في نقصان دين المرأة تفعد احداهن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي ووجه استدلاله أن المراد به زمان الحيض والشطر هو النصف فكان أكثر مدة الحيض خمسة عشر يوما وقال الشراح هناك حتى صاحب العناية نفسه ليس المراد بالشطر في الحديث حقيقة لان في عمرها زمان الصغر ومدة الحبل وزمان الاياس ولا تحيض في شيء من ذلك فعرفنا أن المراد به ما يقارب الشطر واذا قدرنا العشرة فبهذه الآثار كان مقدار بالشطر وحصل التوفيق انتهى فظهر من ذلك انه اذا كان الشطر هو النصف كما أشار اليه صاحب النهاية ههنا ونص عليه الجوهرى في صحاحه والمطرزى في المغرب لا يتقوى استدلال الشافعي علينا بالحديث المذكور بل لا يتمشى استدلاله به علينا أصلا حيث لم يكن مجال ليكون الشطر هنالك على حقيقة له لعدم مساعدة عمر المرأة كما بينوا بل لا بد وأن يحمل على الجازبان يكون المراد به ما يقارب الشطر كما ذكرنا فاطبة هنالك وعليه جرى صاحب النهاية ههنا أيضا فكان صاحب العناية نسي ما قدمت يداه ثم ان بعض المتأخرين قال في هذا المقام وشطر الشيء نصفه وبعضه والمراد به ههنا هو الثاني دون الاول كما ذهب اليه صاحب النهاية ولهذا أوله بما يقرب من شطره وقال فانه عشرة أيام وهو قريب من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر فكانه زعم أن الشطر لا يجي إلا بمعنى النصف انتهى كلامه أقول ليس هذا بسد بدلان مجي الشطر بمعنى البعض انما ذكره صاحب القاموس حيث قال الشطر نصف الشيء وجزؤه ومنه حديث الاسراء فوضع شطرها أي بعضها انتهى ولكن ذلك ليس بقطعي في أن يكون الشطر حقيقة في معنى البعض أيضا فان أكثر كتب اللغة غير متكفل بالفرق بين الحقيقة والمجاز ولئن سلم انه حقيقة في معنى البعض أيضا فليس معنى البعض مناسب للمقام لان مجرد تحقق الحيض في بعض عمرها لا يقتضي الحرج في المنع عن الدوام أيضا حالة الحيض وانما الذي يقتضي الحرج في ذلك تحقق الحيض في نصف عمرها أو في قريب من نصف عمرها اطول مدة الحيض اذ ذلك وهو المقتضى الى الحرج فلذلك جعل صاحب النهاية الشطر الواقع في عبارة

وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطا لا طلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين
الاختين ولا يعارض بقوله تعالى أو ماملكت أيمانكم لأن الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع
بينهما في الدواعي لا طلاق النص ولأن الدواعي إلى الوطء بمنزلة الوطء في التحريم على ما مهدناه من قبل فإذا
قبلهما فكانه وطمه أو لو وطمهما فليس له أن يجامع أحدهما ولا أن يأتي بالدواعي فيهما فكذا إذا قبلهما
وكذا إذا مسهما بشهوة أو تنظر إلى فرجهما بشهوة لما بيننا إلا أن يملك فرج الأخرى غيره يملك أو نكاح
أو يعتقها لأنه لما حرم عليه فرجه لم يبق جامعاً وقوله يملك أراد به ملك عين فينتظم التملك بسائر أسبابه
بيعا أو غيره وتملك الشخص فيه كتمليك الكل لأن الوطء محرم به وكذا اعتناق البعض من أحدهما
كاعتناق كلها

المصنف ههنا على النصف وأوله بالقرب من النصف ليوافق مذهبا في أكثر مدة الحيض (قوله
وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطا لا طلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين
ولا يعارض بقوله تعالى أو ماملكت أيمانكم لأن الترجيح للمحرم) قال تاج الشريعة فانه قلنا الأصل
في الدلائل الجمع وأمكن هنا أن يحمل قوله وأن تجمعوا على النكاح وقوله أو ماملكت أيمانكم على
ملك البمين قلت المعنى الذي يحرم الجمع بين الاختين نكاحا وحدهما وهو قطعية الرحم فثبت الحكم
هنا أيضا ولأن قوله أو ماملكت أيمانكم مخصوص أجماعا فان أمه وأخته من الرضاع والامة المحبوسة
حرام فلا يعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب الكفاية
والشارح العيني أقول في كل من وجهي الجواب نظرا ما في الوجه الأول فلان حاصله أنه على تقدير
أن يحمل قوله وأن تجمعوا على النكاح يثبت حكم حرمة الجمع بين الاختين وطا يملك البمين أيضا دلالة
لوجود المعنى المحرم فيه أيضا وهو قطعية الرحم لكنه ليس بتام إذ قد تقرر في أصول الفقه أنه عبارة
النص وإشارته ترجحان على دلالة النص عند التعارض والظاهر أن إفادة عموم قوله تعالى أو ماملكت
أيمانكم محل الجمع بين الاختين المملوكتين وطا بالعبارة ولا أقل من أن يكون بالإشارة فيلزم أن يترك
بها دلالة الآية الأخرى على حرمة الجمع بينهما وطا على مقتضى قاعدة الأصول وأما في الوجه الثاني
فلان حاصله أن قوله تعالى أو ماملكت أيمانكم من قبيل العام الذي خص منه البعض فصارت ظنيا
لتمكن الشبهة كما عرف في علم الأصول فلا يصلح أن يعارض ما هو ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع
اكتونه قطعية لكنه ليس بتام أيضا إذ قد تقرر في أصول الفقه أن العام الذي خص منه البعض انما يكون
ظنيا إذا كان المخصص موصولا وأما إذا كان مفصولا متاخرا فالخاص انذاك يكون ناسخا للعام في
الفرد الذي تناوله الخاص ويكون العام في الباقي قطعية بلا شبهة والظاهر أن مخصص الام والاخت من
الرضاع والامة المحبوسة من قوله تعالى أو ماملكت أيمانكم ليس بموصول به فلم يكن ظنيا في الباقي
بل كان قطيعا كالمحرم للجمع فلم يظهر الرجحان من ذلك الوجه حتى لا يصلح للعارضه فتأمل (قوله وقوله
يملك أراد به ملك عين فينتظم التملك بسائر أسبابه بيعا أو غيره) قال صاحب العناية قوله فينتظم التملك
بسائر أسبابه أي أسباب التملك كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتابة والهبة والصدقة انتهى
أقول في بعض تمثيلاته خطأ وهو الوصية والميراث والكتابة وأما في الوصية والميراث فلان تملك الغير في
الوصية والميراث انما يثبت بعد موت الموصي والمورث فكيف يدخل ذلك تحت قوله يملك في قوله فانه
لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الأخرى غيره
يملك أو نكاح فان شيئا من المجامعة والمس والنظر لا يتصور بعد الممات على أن نفس التملك أيضا على
حقيقته غير متصور في الأثر وأما في الكتابة فلانها ملحقه بالاعتناق كما سبغ به المصنف بقوله وكذا
الكتابة كالأعتناق في هذا فكانت من فروع قوله أو يعتقها غير داخله في قوله حتى يملك فرج الأخرى غيره

وهو مذهب على رضي الله
عنه عما بطلاق قوله تعالى
وأن تجمعوا بين الاختين
وكان عثمان رضي الله عنه
يقول أحلتهم ما آية يعني
قوله تعالى أو ماملكت
أيمانكم وحرمتها آية يعني
قوله تعالى وأن تجمعوا بين
الاختين والأصل في
الابضاع الحل بعد وجود
سبب الحل وقد وجد وهو
ملك البمين قال المصنف
رحمه الله (ولا يعارض بقوله
تعالى أو ماملكت أيمانكم
لأن الترجيح للمحرم) لا يقال
يجوز أن يكون المراد بالجمع
بينهما نكاحا فلا يتناول
محل النزاع لأن النكاح
سبب مشروع للوطء فحرمة
الجمع بينهما نكاحا دليل على
حرمة الجمع بينهما وطا فوجب
ترجيح المحرم والباقي واضح

قوله (وكذا الكتابة كالاعتاق) كلمة كذا زائدة وقوله (في هذا) أي في أنه يحل وطه الأخرى واستشكل ذلك لأنها بالكتابة لم تخرج عن ملك المولى حتى يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها غيره فكان ينبغي أن لا يحل له وطه الأخرى وأجيب بأن الحل يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقد بوطئها فجعل زوال الحل عنها بالكتابة كزواله بالتزويج فيحل له أن يطأ الأخرى وقوله (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل الخ) واضح وعن عطاء أن ابن عباس رضي الله عنهما سئل عن المعانقة فقال أول من عانق إبراهيم خليل

(١٢٠)

واضح وعن عطاء أن ابن عباس

صلى الله عليه كان بمكة فأقبل اليها ذو القرنين فلما كان بالبطح قيل له في هذه البلدة إبراهيم خليل الرحمن فقال ذو القرنين ما ينبغي لي أن أركب في بلدة فيها إبراهيم خليل الرحمن فدخل ومشي إلى إبراهيم فسلم عليه إبراهيم عليه السلام واعتنقه فكان هو أول من عانق والشيخ أبو منصور رحمه الله وفق بين هذه الأحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وعبر عنه المصنف رحمه الله بقوله في إزار واحد فانه سبب يفضي إليها فأما على وجه البر والكرامة إذا كان عليه قبص أو جبة فلا بأس به وعن سفيان رحمه الله تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يده غيره لا يرخص فيه ولم يذكر القيام تعظيماً للغير وروى عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره القيام وعن الشيخ الحكيم أبي القاسم رحمه الله أنه كان إذا دخل عليه أحد من الأغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لان الأغنياء يتوقعون مني التعظيم فلوتركت تعظيمهم تضرروا والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك وانما يطمعون جواب السلام والكلام معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام

وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله وبرهن أحدهما وأجارتها وتديرها لا تحل الأخرى ألا يرى أنها لا تخرج بها عن ملكه وقوله أو نكاح أراد به النكاح الصحيح أما إذا زوج أحدهما نكاحاً فاسداً لا يباح له وطه الأخرى إلا أن يدخل الزوج بها فيه لأنه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطئ أحدهما حل له وطء الموطوءة دون الأخرى لأنه يصير جامعاً لوطء الأخرى لا بوطء الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحاً فيما ذكرناه بمنزلة الاختين قال (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل الخ) وذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روى أن النبي عليه السلام عانق جعفر رضي الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روى أن النبي عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكامعة وهي التقبيل وما رواه مجمل على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في إزار واحد أما إذا كان عليه قبص أو جبة فلا بأس بها بالاجماع وهو الصحيح قال (ولا بأس بالمصافحة) لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح أخاه المسلم وحرك يده تبارت ذنوبه

ملك إذا المراد بالملك هنا ملك اليمين بدلالة عطف قوله أو نكاح عليه ولا يتصور تعليق الفرج غيره ملك اليمين بالكتابة كما لا يخفى على من عرف معنى الكتابة شرعاً (قوله وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله) قال صاحب العناية كلمة كذا في قوله وكذا الكتابة كالاعتاق زائدة وقال الشارح العيني بعد نقل ذلك قلت زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة انتهى أقول هذا كلام عجيب إذ لا شك أن مراد صاحب العناية أن كلمة كذا هي زائدة أي مستدركة لأنها زائدة كزيادة بعض الحروف لتحسين اللفظ كما توهمه العيني حتى يتوجه إليه قوله زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة وبالجمله مراد صاحب العناية الدخول لا التوجيه فإذ كره العيني الغوص ثم أقول يمكن توجيه عبارة المصنف بما يندفع به الاستدراك في كلمة كذا وهو أن مراد المصنف وكذا أي وكذا كون اعتاق البعض من أحدهما كاعتاق الكل الكتابة كالاعتاق أي كاعتاق الكل فينبغي أن يصير المقصود من كلمة كذا هي هنا هو التشبيه بما قبله كما كان المقصود من كلمة كذا في قوله وكذا اعتاق البعض من أحدهما كاعتاق كلها هو التشبيه أيضاً بما قبله فكانه قال وأيضاً الكتابة كالاعتاق في هذا والغرض من التشبيه التبريك في تعليل واحد كما يرشد إليه قوله لثبوت حرمة الوطء بذلك كله فتدبر (قوله وبرهن أحدهما وأجارتها وتديرها لا تحل الأخرى ألا يرى أنها لا تخرج بها عن ملكه) أقول كان الظاهر في التعليق هنا أن يقول لانه لا تثبت بها حرمة الوطء فان مجرد عدم خروجها عن ملكه لا يقتضي أن لا تحل له الأخرى ألا يرى أنها لا تخرج عن ملكه بالكتابة أيضاً كما تقر في كتاب المكاتب وصرح به الشراح أيضاً هنا فيما قبل مع أنه إذا كاتب أحدهما تحل له الأخرى كما مر آنفاً وحل المالك في قوله لا تخرج بها عن ملكه على ملك الوطء كما فعله بعض المتأخرين تعسف لا يخفى إذا المستعمل في اللغة والعرف حل الوطء لا ملك الوطء وانما يقال ملك اليمين أو ملك النكاح (قوله ولهما ما روى أنه عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكامعة وهي التقبيل)

فصل

من التعظيم فلو تركت

للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لان الأغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك وانما يطمعون جواب السلام والكلام معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام

(قوله فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة) أقول سواء كان في إزار واحد أو كان عليه جبة أو قبص فينبين ما ذكره الشيخ أبو منصور وما ذكره المصنف فرق ظاهر ولعل الأولى ما ذكره الشيخ

قال في غاية البيان وتفسير المكامعة بالمعاقبة فيه نظرا لانه قال في ديوان الادب وغيره كأمع امرأته
ضاجعها وكأمع المرأة قبلها وقال في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكامعة والمكامة
أي عن ملائمة الرجل الرجل ومضاجعته إياه لاستريتهما إلى هنا لفظ غاية البيان وقال العيني بعد
نقل ذلك قلت فيه نظرا لان المضاجع هو المعانق غالبا ولا يضاجع أحد غيره الا والغالب
أنه يعاقبه اه أقول ليس هذا بشئ لأن كون المضاجع هو المعانق غالبا ممنوع ولو سلم ذلك
فلا يلزم منه أن تكون المكامعة هي المعاقبة في الغالب وإنما الذي يلزم منه أن يلزم المكامعة
والمعاقبة في الغالب ولا شك أن أحد المتلازمين لا يكون عين الآخر كالابوة والبنوة فكيف يصح
تفسير أحدهما بالآخر ولو سلم صحة التفسير باللازم بناء على المسامحة لم يفد ههنا لان المضاجعة
لما وجدت بدون المعاقبة وان كان في غير الغالب كانت المعاقبة أخص من المضاجعة فلم يصح
تفسير المكامعة التي هي المضاجعة بالمعاقبة بناء على عدم صحة التفسير بالأخص وتطرأ صاحب الغاية
أنما هو في تفسير المكامعة بالمعاقبة لا غير وقال بعض المتأخرين وفسرها المصنف بالمعاقبة مع أن
المكامة هي المضاجعة في ديوان الادب وغيره كأمع امرأته ضاجعها بناء على أن الكلام في المعاقبة
والظاهر أن مانه من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعاقبة لعدم الخلاف في إباحة المضاجعة
لا على ذلك الوجه على أن المكامة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة
في القاموس كأمعه ضاجعه في ثوب واحد إلى هنا كلام ذلك البعض في شرحه وقال في الحاشية
فيه رد على صاحب الغاية أقول كل من مقدمات كلامه مجروح أما قوله بناء على أن الكلام في
المعاقبة تعليل لتفسير المصنف المكامة بالمعاقبة فظاهر البطلان لان كون الكلام في المعاقبة
كيف يسوغ تفسير المكامة بغير معناها وهل يقول العاقل بتغيير معنى لفظ الحديث ليكون
مطابقا للمدعى وأما قوله والظاهر أن مانه من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعاقبة فمنوع اذ لم
يقبل أحد من الثقات بهذا التخصيص عند بيان المراد بالمكامة المذكورة في الحديث بل أطلقوها
قال الزمخشري في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكامة والمكامة أي عن ملائمة الرجل
الرجل ومضاجعته إياه لاستريتهما انتهى وقال الجوهري في الصحاح وكأمعه مثل ضاجعه والمكامة
التي نهى عنها في الحديث أن يضاجع الرجل الرجل لاستريتهما انتهى وقال المطرزي في المغرب نهى
عن المكامة والمكامة أي عن ملائمة الرجل الرجل لاستريتهما وما مضاجعته إياه في ثوب واحد
لاستريتهما هذا هو المراد بهما في الحديث عن أبي عبيد القاسم بن سلام وابن دريد وغيرهما وهكذا
حكاه الأزهري والجوهري انتهى وأما قوله لعدم الخلاف في إباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه
فمنوع أيضا لا شك أن شناعة مضاجعة الرجل الرجل في ثوب واحد لاستريتهما ليست بأقل من
شناعة مجرد المعاقبة ولو في غير داخل الثوب فكيف يقول بإباحة الأولى من لا يقول بإباحة الثانية
سما عدا طلاق الحديث بل كونه حقيقة في نفس المضاجعة وأما قوله على أن المكامة
بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة واستشهد عليه بما في القاموس فليس
بمفيد أصلا لانها وإن كانت هي المضاجعة المخصوصة إلا أن معناها ليس عين معنى المعاقبة
ولما ساء به في التحقق لانفكاك نحقق كل منهما عن الآخر في بعض الصور كما عرفت من قبل
فكيف يصح تفسير المكامة بالمعاقبة كما هو حاصل نظر صاحب الغاية فنأين يحصل الرد
عليه بما ذكره ذلك القائل ولعمري ان مفاصلة التأمل مما يضيق عن الإحاطة به نطاق البيان والله
سبحانه وتعالى المستعان

فصل في البيع أخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب والمسا والوطء لان أثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لا وما كان أكثر اتصالا كان أحق (١٢٢) بالتقديم قال (ولابأس ببيع السرقة) كلامه واضح وقوله (في الصحيح)

احتراز عن الرواية الاخرى وهي أن الانتفاع بالعدرة الخالصة يجوز وقوله (على أي وصف كان) يعني حراً كان أو عبداً مسلماً أو كافراً رجلاً أو امرأة وقوله (لما مر من قبل) يعني في فصل الاكل والشرب في قوله (ومن أرسل أجراً له بجوسيا وهذا لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدالة دفعا للخرج وقوله (لما قلنا) إشارة الى قوله لانه أخبر بخبر صحيح لامتناعه فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف كان أجيب بان معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقاً لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروته ولو جاهدته انتهى واقفي أثره العيني وقد سبق فهمنا الى ما أخذ هذا السؤال والجواب تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالوا تأويل قوله وهذا اذا كان ثقة بعد قوله على أي وصف كان يعني أنه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقاً لانه يجوز أن يكون فاسقاً صادق القول لا يكذب لمروته انتهى أقول لا السؤال شيء ولا الجواب أما الاول فلان المصنف لم يقتصر على قوله وهذا اذا كان ثقة بل قال بعده وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فلا يناقض ما ذكره ههنا قوله فيما قبل على أي وصف كان نعم قد نبه بقوله وان كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسعه أن يتعرض لشيء من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق ولا ضير فيه لان المستفاد من قوله على أي وصف كان عموم الاوصاف لا عموم الجزئيات وكلامه ههنا تفصيل لما أجمله فيما قبل ولا بعد في أن يفيد التفصيل ما لا يفيد الاجمال وأما الثاني فلانه لو كان معنى قول المصنف ثقة في قوله وهذا اذا كان ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه كما توهمه هؤلاء الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق اذ يصير حينئذ معنى قوله غير ثقة من لا يعتمد على كلامه وفي شأن من لا يعتمد على كلامه كيف يتصور أن يكون أكبر رأى السامع أنه صادق ولما تم تعليل ذلك بقوله لان عدالة المخبر غير لازمة لان عدم لزوم عدالة المخبر لا يدل على لزوم الاعتماد على كلامه اذ المفروض من الجواب المذكور جواز كون الفاسق أيضاً ممن يعتمد على كلامه فكان من يعتمد على كلامه أعم من العدل ولا شك أن عدم لزوم الاخص لشيء لا يقتضي عدم لزوم الاعم له فالصواب أن مراد المصنف بقوله اذا كان ثقة اذا كان عدلاً وبقوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا اذا كان غير عدل ولا تناقض بين ذلك وبين قوله على أي وصف كان أصلاً كما تحققتة آنفاً وما يفسح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة ههنا ما ذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال هذا اذا كان

فصل في البيع قال (ولابأس ببيع السرقة وبكره ببيع العذرة) وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقة أيضاً لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا أنه منتفع به لانه بدني في الاراضى لا مستكنار الر بيع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه لا ينتفع به الا مخلوطاً ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة قال (ومن علم بجارية أنها رجل فرأى آخر يبيعها وقال وكانى صاحبها يبيعها فإنه يسعه أن يبتاعها ويأطأها) لانه أخبر بخبر صحيح لامتناعه وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشترى منها منة أو وهبها لي أو تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة

فصل في البيع قال الشراح أخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب والمسا والوطء لان أثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لا وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم انتهى أقول كان المناسب بسياق كلامهم أن يقولوا وما كان متصلاً كان أحق بالتقديم الا أنهم قالوا وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم افادة في ضمن بيان وجه تأخير هذا الفصل وجه تأخير الفصول السابقة بعضها عن بعض أيضاً لان ما هو المتقدم منها أكثر اتصالاً ببدن الانسان مما هو المتأخر كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله وهذا اذا كان ثقة) قال صاحب العناية فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف كان أجيب بأن معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقاً لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروته ولو جاهدته انتهى واقفي أثره العيني وقد سبق فهمنا الى ما أخذ هذا السؤال والجواب تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالوا تأويل قوله وهذا اذا كان ثقة بعد قوله على أي وصف كان يعني أنه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقاً لانه يجوز أن يكون فاسقاً صادق القول لا يكذب لمروته انتهى أقول لا السؤال شيء ولا الجواب أما الاول فلان المصنف لم يقتصر على قوله وهذا اذا كان ثقة بل قال بعده وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فلا يناقض ما ذكره ههنا قوله فيما قبل على أي وصف كان نعم قد نبه بقوله وان كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسعه أن يتعرض لشيء من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق ولا ضير فيه لان المستفاد من قوله على أي وصف كان عموم الاوصاف لا عموم الجزئيات وكلامه ههنا تفصيل لما أجمله فيما قبل ولا بعد في أن يفيد التفصيل ما لا يفيد الاجمال وأما الثاني فلانه لو كان معنى قول المصنف ثقة في قوله وهذا اذا كان ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه كما توهمه هؤلاء الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق اذ يصير حينئذ معنى قوله غير ثقة من لا يعتمد على كلامه وفي شأن من لا يعتمد على كلامه كيف يتصور أن يكون أكبر رأى السامع أنه صادق ولما تم تعليل ذلك بقوله لان عدالة المخبر غير لازمة لان عدم لزوم عدالة المخبر لا يدل على لزوم الاعتماد على كلامه اذ المفروض من الجواب المذكور جواز كون الفاسق أيضاً ممن يعتمد على كلامه فكان من يعتمد على كلامه أعم من العدل ولا شك أن عدم لزوم الاخص لشيء لا يقتضي عدم لزوم الاعم له فالصواب أن مراد المصنف بقوله اذا كان ثقة اذا كان عدلاً وبقوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا اذا كان غير عدل ولا تناقض بين ذلك وبين قوله على أي وصف كان أصلاً كما تحققتة آنفاً وما يفسح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة ههنا ما ذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال هذا اذا كان

فصل في البيع (قوله فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف) أقول ممنوع لان غير العدل لا يلزم أن يدخل تحت قوله على أي وصف كان على ما بينه نفسه ولو سلم فلم يقل المصنف لا يقبل قول غير الثقة الا يرى الى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وقوله

لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة لكن يرد على المصنف أنه اذا كان قبول خبره منوفاً على حصول أكبر الرأي لا يبقى فرق بينه وبين البيانات فان خبر الفاسق يقبل فيها أيضاً كبر الرأي على ما مر وجوابه أن خبر الفاسق انما يقبل في البيانات بأكثر الرأي اذا حصل بعد التصريح بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التصريح فنامل (قوله أجيب بأن معنى قوله ثقة) أقول فيه بحث

الخبر عدلا وان كان الخبر غير ثقة أو كان لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة يريد به أن الخبر إذا كان فاسقا أو مستورا
نظرفيه فإن كان أكبر رأيه أنه صادق إلى آخر كلامه فإنه ذكر عدلا موضع ثقة وفسر غير ثقة في قول
محمد وان كان الخبر غير ثقة بالفاسق ومن لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة بالمستور حيث قال يريد به أن الخبر
إذا كان فاسقا أو مستورا ومن تتبع كلمات ثقات المشايخ في باب مسائل قبول خبر الواحد في كتبهم
المعتبرة لا يشبه عليه أن المراد بالثقة هو العدل وبغير الثقة غير العدل فانهم كثيرا ما يذكرون كل
واحد من لفظي العدل والثقة موضع الآخر وكذا الحال في غير الثقة وغير العدل وقال بعض المتأخرين
في حل هذا المقام قوله وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان به - أي عدلا كان أو غير
عدل صيبا كان أو بالغا - كان أو عبدا مسلما كان أو كافرا رجلا كان أو امرأة لكن بشرط كونه
ثقة يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن يعتمد على قوله إذا كان وجهيا في الناس ذا مروءة لانه
لا يعيل إلى حطام الدنيا لو جاهته ولا يكذب لمروءته فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة كما دل عليه
قوله على أي وصف كان وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا إذا كان ثقة لان الثاني أعم
من الاول ولو سلم فلا منافاة أيضا لان الإشارة بلفظ هذا إلى كونه في سعة من ابتاعها بمجرد قوله وكفى
صاحبها يبيعها لا إلى قبول قول الواحد في المعاملات فان قوله يقبل أيضا إذا لم يكن ثقة كما صرح به
بقوله وكذا إذا كان غير ثقة إلا أن قبوله يكون مع ضمنية التحري الموافق إلى هنا كلامه أقول فيه
فساد من وجوه الاول ان قوله لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه ينافي قول المصنف رحمه الله
وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فكيف يصح شرح كلامه بما ينافيه صريح عبارته
والثاني ان قوله وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا إذا كان ثقة ليس بصحيح لان قول المصنف
وهذا إذا كان ثقة انما يكون تصرحا بوجوب اشتراط كونه ثقة أن لو اقتصر الكلام عليه ولم يقل وكذا إذا
لم يكن غير ثقة ولما قال وكذا إذا كان غير ثقة كان كلامه صريحا في عدم اشتراط كونه ثقة كما لا يخفى
والثالث أن قوله ولو سلم فلا منافاة أيضا كلام فاسد المعنى لان معناه لو سلم المناقاة بين عدم اشتراط
العدالة وبين اشتراط كونه ثقة فلا منافاة أيضا ولا شك أن تسليم المناقاة يناقض القول بعدم المناقاة
فكان مضمون كلامه المزبور جمعا بين النقيضين اللهم إلا أن يكون قوله ولو سلم ناظرا إلى قوله لان الثاني
أعم من الاول لا إلى قوله فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة الخ فالمعنى ولو سلم عدم عموم الثاني
من الاول فلا منافاة أيضا والرابع أن قوله لان الإشارة بلفظ هذا إلى كونه في سعة من ابتاعها بمجرد
قوله وكفى صاحبها لا إلى قبول قول الواحد في المعاملات ظاهر البطلان لان المصنف وغيره عللوا كونه
في سعة من أن يبتاعها ويطأها بكون قول الواحد في المعاملات مقبولا على أي وصف كان فلو كان
الاول مشروطا بكونه ثقة دون الثاني لما صح تعليل الاول بالثاني ضرورة عدم استلزام تحقق العام بتحقيق
الخاص والخامس ان قوله فان قوله يقبل أيضا إذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا إذا كان غير ثقة
يدل على خلاف مدعاه من كون الإشارة بلفظ هذا إلى كونه في سعة من ابتاعها بمجرد قوله وكفى
صاحبها لا إلى قبول قول الواحد في المعاملات إذ لا شك أن قول المصنف وكذا إذا كان غير ثقة
عطف على قوله وهذا إذا كان ثقة ولا ريب أن محل الحكم في المعطوف والمعطوف عليه واحد وهو
ما أشير إليه بلفظ هذا في المعطوف عليه فإذا كان صريحا معنى قوله وكذا إذا كان غير ثقة وكذا يقبل
قول الواحد إذا كان غير ثقة كما اعترف به فلا جرم أن يكون معنى قوله وهذا إذا كان ثقة وقبول قول
الواحد إذا كان ثقة على أن يكون لفظ هذا إشارة إلى قبول قول الواحد وهو خلاف ما ادعاه والسادس
ان اعترافه هنا بكون قول الواحد مقبولا فيما إذا كان غير ثقة أيضا وكون قول المصنف وكذا إذا
كان غير ثقة صريحا في ذلك يناقض قوله في صدر كلامه وقول الواحد مقبول على أي وصف كان

وكذا اذا كان غير ثقة وكبر رأيه أنه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على مامر وان كان كبر رأيه أنه كاذب لم يسع له أن يتعرض لشيء من ذلك

ولكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وبالجملة ما ذكره ذلك البعض في هذا المقام برمته خارج عن نزع الصواب كما لا يخفى على ذوى الالباب (قوله وكذا اذا كان غير ثقة وكبر رأيه أنه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على مامر) قلت تعليقه بقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة دليل واضح على كون مراده بغير الثقة غير العدل وبالثقة العدل كما ينهنا عليه من قبل اذ لو كان مراده بالثقة من يعتمد على كلامه وان كان فاسقا وبغير الثقة من لا يعتمد على كلامه كما توهمه جماعة من السراح على مامر لما صح تعليل قبول قول غير الثقة اذا كان كبر الرأي أنه صادق بقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة فانه لا يلزم من عدم لزوم عدالة عدم لزوم كونه من يعتمد على كلامه فلا يتم التفريق كما لا يخفى بقي في هذا المقام كلام وهو أن الذي ظهر مما ذكره ههنا هو أن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة ولكن لا بد في قبول قوله اذا كان غير عدل من أن يكون كبر رأى السامع أنه صادق وقد مر في أوائل كتاب الكراهية أنهم فرقوا بين المعاملات والديانات بأنه يقبل في المعاملات قول الفاسق مطلقا ولا يقبل في الديانات قول الفاسق ولا المستور الا اذا كان كبر رأى السامع أنه صادق فكان ما ذكره ههنا مخالفا لما مر هناك لان ما اعتبر هناك في الديانات دون المعاملات قد اعتبر ههنا في المعاملات أيضا وقد تنبه بعض الفضلاء لوروده في الاشكال فذكر ارجال ما ذكرناه وأجاب عنه حيث قال يرد على المصنف أنه اذا كان قبول خبره متوقفا على حصول كبر الرأي لا يفتي في فرق بين المعاملات والديانات فان خبر الفاسق يقبل في الديانات أيضا كبر الرأي على مامر وجوابه أن خبر الفاسق انما يقبل في الديانات بأ كبر الرأي اذا حصل بعد التحري بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحري فتأمل انتهى أقول جوابه ليس بشئ فان كبر الرأي لا يمكن أن يتحقق بدون التحري اذ التحري طلب ما هو آخرى الامر من في غالب الظن كما صرح به في عامة كتب اللغة فسال يطلب ذلك ولم يتوجه اليه كيف يتصور حصول كبر الرأي فلامعنى لعدم اشتراط التحري فيما نحن فيه عند اشتراط كبر الرأي فيه وانما اعتبار كبر الرأي فيه اعتبار التحري بعينه وعن هذا وقع التعبير في بيان هذه المسئلة بعينها في المحيط البرهاني بلفظ التحري بدل كبر الرأي حيث قال فيه وان كان الذي في يديه الجارية فاسقا لا تثبت اباحة المعاملة له معه بنفس الخبر بل يتحرى في ذلك فان وقع تحريه على أنه صادق حل له الشراء منه وان وقع تحريه على أنه كاذب لا يحل له أن يشتريه منه وان لم يكن له رأى يبقى ما كان على ما كان كما في الديانات انتهى ثم أقول الاشكال المذكور لا يختص بهذا الكتاب بل يتجه على غيره أيضا وعن هذا قال المحقق التفتازاني في التلويح ذكر فخر الاسلام في موضع من كتابه أن اخبار غير العدل يقبل في المعاملات من غير انضمام التحري وفي موضع آخر أنه يشترط التحري ومحمد رحمه الله ذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير وقال في التوجيه فقبيل يجوز أن يكون المذكور في كتاب الاستحسان نفس الماذكره في الجامع الصغير فيشترط التحري ويجوز أن يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة ويجوز أن يكون في المسئلة روايتان انتهى وقد ذكرت فيما مر في أوائل كتاب الكراهية بعد نقل هذه التوجيهات عن التلويح أن المختار عندي من بينها هو التوجيه الثاني لانه هو الخامس لمادة الاشكال الفارق بين المعاملات والديانات اذ لارخصة في الديانات بدون التحري والا أن أيضا أقول كذلك فيحصل به التوفيق بين الكلامين في المقامين في هذا الكتاب وغيره

وقوله (لان كبر الراى يقوم مقام اليقين) يعنى فيما هو اعظم من هذا كالفرج والدماء ألا ترى أن من تزوج امرأة فأدخلها عليه انسان وأخبره أنها امرأته وسعه أن يطأها إذا كان ثقة عنده أو كان كبراً به أنه صادق وكذا إذا دخل رجل على غيره ليلاشاها راسيفه فلصاحب المنزل أن يقتله إذا كان كبراً به أنه لص قصد قتله وأخذ ماله وإذا كان كبراً به أنه هارب من اصل لم يجعل بذلك وقوله (الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك) كدرة في يد فقير لا يملك شيئاً أو كتاب في يد جاهل لم يكن (١٣٥) في آياته من هو أهل لذلك فينبذ يستحب له

أن يتزوجه وقوله (وان كان الذى آتاهها) أى بالجارية لان هذا كانه مبنى على قوله ومن علم بجارية أنها لفلان فرأى آخر بيعها يعنى أن الآتى بالجارية إذا كان عبداً أو أمة وقال لا خير وهبتها منك أو بعته منك فليس للآخر أن يقبلها منه ولا أن يشتريها منه حتى يسأل عن ذلك لان المنافى للملك وهو الرق معلوم فيه فإلم يظهر له دليل مطلق للتصرف في حق من رآه في يده لا يجعل له الشراء وقوله (وان لم يكن له رأى لم يشتريها لقيام الحاجر) بالراء المهمة أى المانع فلا بد من دليل وقوله (ولو أن امرأة أخبرها ثقة) بناء على أن القاطع إذا كان طارئاً ولا منازع للخبر به يقبل قول الواحد فان كان ثقة لا يحتاج الى غيره وان لم يكن لابد من انضمام كبر رأى الخبر له وإذا ظهر ذلك سهل تطبيع الفروع عليه وقوله (لان القاطع طارئ فيه) والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع اعترض

لان كبر الراى يقوم مقام اليقين وكذا إذا لم يعلم أنها الفلان ولكن أخبره صاحب اليد أنها الفلان وأنه وكاله ببيعها أو اشتراها منه والخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر كبراً به لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشئ فان كان عرفها الاول لم يشتريها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثانى لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له أن يشتريها وان كان ذواليد فاسقاً لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبراً كبر الراى عند وجود الدليل الظاهر إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك فينبذ يستحب له أن يتزوجه ومع ذلك لو اشتراها يربحى أن يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعى وان كان الذى آتاهها عبداً أو أمة لم يقبلها ولم يشتريها حتى يسأل لان المملوك لا يملك له فمعلم أن الملك فيها غيره فان أخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر كبر الراى وان لم يكن له رأى لم يشتريها لقيام الحاجر فلا بد من دليل قال (ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثاً أو كان غير ثقة وآتاهها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدرى أنه كتاب أم لا إلا أن كبراً بها أنه حق) يعنى بعد التحرى (فلا بأس بأن تعتد ثم تزوج) لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقنى زوجى وانقضت عدتى فلا بأس أن يتزوجها وكذا إذا قالت المطلقة الثلاث انقضت

(قوله لان كبر الراى يقوم مقام اليقين) قال صاحب العناية يعنى فيما هو اعظم من هذا كالفرج والدماء ألا ترى أن من تزوج امرأة فأدخلها عليه انسان وأخبره أنها امرأته وسعه أن يطأها إذا كان ثقة عنده أو كان كبراً به أنه صادق وكذا إذا دخل رجل على غيره ليلاشاها راسيفه فلصاحب المنزل أن يقتله إذا كان كبراً به أنه لص قصد قتله وأخذ ماله وان كان كبراً به أنه هارب من اصل لم يجعل بقتله انتهى ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال قوله لان كبر الراى يقوم مقام اليقين أى في كثير من الاحكام حتى يجب به شئ كالنوجه الى جهة التحرى ويحرم به شئ كالصلاة اذا توضأ بماء أخير بخاسته غير ثقة وكبراً به أنه صادق فيجعل كبر الراى دليلاً شرعياً أيضاً فيما نحن فيه بل فيما هو اعظم منه كالفرج والدماء وقال في الحاشية من قال في تفسير قوله يقوم مقام اليقين يعنى فيما هو اعظم كالفرج والدماء فقد سها انتهى أقول نسبة السهو اليه في تفسيره المدكور وهو عظيم فانه سلك في تفسيره المذكور مسلك الدلالة وإثبات الحكم فيما نحن فيه بالاولوية كما في قوله تعالى فلا تغفل لهما أف فان فيه النهى عن الضرب بالاولوية وليت شعري ماذا يقول ذلك القائل في شأن الامام الربانى محمد رجه الله تعالى فانه أيضاً قال في الاصل في هذا المقام وكبر الراى يجوز العمل فيما هو كبر من هذا كالفرج وسفك الدماء فان من تزوج امرأة فأدخلها عليه انسان وأخبره أنها امرأته الخ كما نقل عنه في النهاية والكفاية ومعراج الدراية ولا يخفى أنه أيضاً مثل ما قاله صاحب العناية في كونه من تلك الدلالة بالاولوية بل ذلك مأخوذاً من صاحب العناية وعن هذا قال في النهاية والكفاية بعد نقل ذلك عن محمد فعلم بهذا ان فيما هو أهم الامور وهو الدماء والفروج جاز العمل بكبر الراى عند الحاجة مع أن الغلط اذا وقع لا يمكن تداركه ففهم ادون ذلك أولى انتهى (قوله لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع) اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد

عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير فيم لا يبطل بخبر الواحد وأجيب بأن ذلك اذا كان ثابتاً بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلك بل باستصحاب الحال

(قال المصنف وان كان الذى آتاهها عبداً الخ) أقول قوله عبداً خبر كان وآتاهها صلة للذى والهاء في آتاه مفعول وهو الشخص الذى أقدم على الشراء من العبد الذى آتى بالجارية أو من الجارية التى آتى بالجارية والباء في بهاء التعدي

عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الاول
وكذا لو قالت جارية كنت أمة فلان فأعتقني لان القاطع طار ولو أخبرها مخبراً أن أصل النكاح
كان فاسداً أو كان الزوج حين تزوجها مريداً أو أخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك
رجلان أو رجل وامرأتان وكذا إذا أخبره مخبراً أنك تزوجتها وهي مرتدة أو أختك من الرضاعة لم
يتزوج بأختها أو أربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لأنه أخبره بفساده قارن والاقدام على العقد يدل
على صحته وانكار فساد ما ثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج
أنها ارتضعت من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طار والاقدام الاول لا يدل
على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف بدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا
تعتبر عن نفسها في بدرج يدي أنها له فلما كبرت أقيها رجل في بلد آخر فقالت أنا حرة الأصل لم يسهه
أن يتزوجها التحقق المنازع وهو ذوالسيد بخلاف ما تقدم قال (وإذا باع المسلم خيراً وأخذ ثمنه وعليه
دين فإنه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه وإن كان البائع نصرانياً فلا بأس به) والفرق أن البيع في
الوجه الاول قد بطل لان التجرأ ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقى الثمن على ملك المشتري فلا يحل أخذه
من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذي فليكه البائع فيحل الاخذ منه قال
(ويكره الاحتكار في أقوات الأديمين والبهائم إذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار بأهله وكذلك التلقي
فأما إذا كان لا يضر فلا بأس به) والأصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون
ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره إذا كان
يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما إذا لم يضر بان كان المضر كبيراً لانه حابس ملكه
من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن
تلقى الركبان قالوا هذا إذا لم يلبس المتلقي على التجار سعة البلدة فإن لبس فهو مكروه في الوجهين لانه
غادرهم وتخصيص الاحتكار بالأقوات كالحنطة والشعير والتمين والقت قول أبي حنيفة رحمه الله
وقال أبو يوسف رحمه الله كل ما أضر بالعامه حبه فهو احتكار وإن كان ذهباً أو فضة أو ثوباً وعن
محمد رحمه الله انه قال لا احتكار في الثياب فأبو يوسف اعتبر بحقيقة الضرر واذ هو المؤثر في الكراهة
وأبو حنيفة اعتبر بالضرر المعهود المتعارف ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكار لعدم الضرر وإذا
طالت يكون احتكاراً مكرهاً والتحقيق الضرر ثم قيل هي مقدرة بأربعين يوماً لقوله عليه السلام

وخبر الواحد أقوى منه
والباقي واضح قال (وإذا
باع المسلم خيراً الخ) كلامه
واضح وروى عن محمد
رحمه الله انه قال هذا إذا
كان القضاء والافتضاء
بالتراضي فإن كان بقضاء
القاضي بان قضى عليه
بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن
الجزء طاب له ذلك بقضائه
وقوله (ويكره الاحتكار)
الاحتكار اقعاع من حكر
أي حبس والمراد به حبس
الأقوات متربصاً للغلاء
وقوله (فإن لبس فهو
مكروه في الوجهين) يعني في
الاضرار وعدمه

الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه بوجبه عدم القبول وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت
للغير لا يبطل بخبر الواحد وأجيب بأن ذلك إذا كان ثابتاً بدليل موجب وملك الزوج فيها في الحال ليس
بدليل موجب بل باستصحاب الحال وخبر الواحد أقوى من استصحاب الحال كذا في العناية وكثير
من الشروح وقال بعض المتأخرين بعد ذلك هذا الاعتراض والجواب فيه بحث لانه سبق في فصل
الكل والشرب ان الحل والحرمة من باب الديانات فيقبل قول الواحد فيهما إذا لم تتضمن الحرمة زوال
الملك كما إذا أخبر واحد عدل بحل طعام فيؤكل أو حرمة فلا يؤكل لان الحرمة لا تنافي للملك وأما إذا
تضمنت زوال الملك فلا يقبل ولا يثبت به الحرمة كما إذا أخبر عدل للزوجين أنهم ارتضعا من فلانة
لان الحرمة المؤبدة لا تتصور مع بقاء ملك النكاح فاضمحل الجواب وبقي الاشكال انتهى كلامه أقول
بحثه ساقط جد الان الذي تقرر في فصل الاكل والشرب هو أن خبر الواحد العدل يقبل في باب الحل
والحرمة إذا لم يتضمن زوال الملك وأما إذا تضمن زواله فلا يقبل بناء على أن بطلان الملك لا يثبت بخبر
الواحد وذلك كلام مجمل لم يفصل فيه أنه إذا تضمن زوال الملك الثابت بدليل موجب لم يقبل وأما إذا
تضمن زوال الملك الثابت باستصحاب الحال فيقبل فنشأ الاعتراض ههنا نظر الى ظاهر اجمال ما ذكر

من احتكر طعاما أو بعينه لانه فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقبل بالشهر لان مادونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثيرا جل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتر بص العزة وبين أن يتر بص القحط والعياذ بالله وقبل المدة للعاقبة في الدنيا ما يأنم وان قلت المدة والحاصل أن التجارة في الطعام غير محمودة قال (ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر) أما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة ألا ترى أن له أن لا يزرع فكذلك له أن لا يبيع وأما الثاني فالمدكور قول أبي حنيفة لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال أبو يوسف يكره لا مطلقا ما رويناه وقال محمد كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالجل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة قال (ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس) لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فالبه تقديره فلا ينبغي للامام أن يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما بين واذ ارفع الى القاضي هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى زجر الله ودفع الضرر عن الناس فان كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعدوا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعر فيئذ لا بأس به بمشورة من أهل الرأي والبصيرة فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع بأكثر منه أجازة القاضي وهذا ظاهر عند أبي حنيفة لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قبل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون وقبل يبيع بالاتفاق لان أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال (ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة) معناه ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لانه تسبب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس بذلك لانه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال (ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذ خيرا) لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغييره بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال (ومن أجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يساع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا ينبغي أن يكره به لشي من ذلك لانه عانة على المعصية

هناك فأجيب عنه بأن المراد من زوال الملك هناك زوال الملك الثابت بدليل موجب لازواله ولو كان باستصحاب الحال لان خبر الواحد أقوى من استصحاب الحال لكون الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة أصلا بخلاف خبر الواحد فكان الجواب المذكور ههنا تفصيلا لاجمال الواقع هناك في الظاهر فكان جوابا شافيا قد اضمحل به الاشكال كما لا يخفى (قوله وان كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس به لانه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك) قال بعض المتأخرين قوله لانه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة ولو احتمل لا ضعيفا فلا يكره بالشك لو جوده هذا الاحتمال فليس الشك على معناه المصطلح انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح لان كون احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفا في حق من لم يكن معروفا بكونه من أهل الفتنة ممنوع كيف وأمر المسلمين بمحولة على الصلاح والاستقامة كما صرح به صاحب الغاية وغيره في تعليل هذه المسئلة في حق من لم يكن معروفا بكونه من أهل الفتنة ان لم يكن احتمال أن لا يستعمله في الفتنة أقوى وأرجح فلا أقل من أن يكون مساويا لاحتمال خلافه فالتشكك على معناه المصطلح عليه قطعاً ولو كان احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفا مرجوحا كان احتمال أن يستعمله في الفتنة قويا راجحا فيبغي أن يكون السلاح من مثله في أيام الفتنة مكرها وجواب المسئلة على

وقوله (ويتعدون عن القيمة تعدوا فاحشا) بان يبيعوا قفيزا بمائة وهو يشتري بخمسين فيمنعون منه دفعا للضرر عن المسلمين وقوله (يرى الحجر لدفع ضرر عام) يعني كالطبيب الجاهل والكارى المفلس

وله أن الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجارة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما فيه بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنايس واظهار بيع الخمر والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب أهلها أهل الذمة فأما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها أيضا وهو الاصح قال (ومن حل لذي خرافاته بطيب له الاجر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يكره له ذلك) لانه اعانة على المعصية وقد صح أن النبي عليه السلام اعن في الخمر عشرة حاملها والمحمول اليه له أن المعصية في شربها وهو فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحل ولا بقصده والحديث محمول على الحل المقرون بقصد المعصية

وقوله (وليس الشرب من ضرورات الحل) لان الشرب قد يوجد بدون الحل وبالعكس فلا يكون الحل مستلزما للمعصية

خلافه وبالجمله لا وجه للشرح المذكور أصلا (وقوله أنه أن الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه) أقول ينتقض هذا التعليل المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة بمسائل متعددة مذكورة في الذخيرة والمحيط وفتاوى قاضخان وسائر المعتمدين من غير بيان خلاف في شيء منها من أحد من أئمتنا منها أنه اذا استأجر الذي من المسلم بيعة ليصلي فيها فان ذلك لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لانه استأجرها ليصلي فيها واصله الذي معصية عندنا وطاعة في زعمه وأي ذلك اعتبرنا كانت الاجارة باطلة لان الاجارة على ما هو طاعة أو معصية لا تجوز انتهى ومنها أنه اذا استأجر المسلم من المسلم بيتا ليصلي فيه مسجد يصلي فيه المكتوبة أو النافلة فان هذه الاجارة لا تجوز في قول علماءنا وعند الشافعي يجوز قال في المحيط وهذا لانها وقعت على ما هو طاعة فان تسليم الدار ليصلي فيها طاعة ومن مذهبنا أن الاجارة على ما هو طاعة لا تجوز وعنده تجوز وكان هذا بمنزلة ما لو استأجر رجلا لادان أو الامامة لا يجوز عندنا لانه طاعة وعند الشافعي يجوز فكذلك هذا انتهى ومنها انه اذا استأجر ذي من ذمي بيتا ليصلي فيه لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لان صلاتهم طاعة عندهم معصية عندنا وأي ذلك كان لم تجز الاجارة انتهى اذ لا يخفى أن التعليل المذكور في الكتاب من قبل أبي حنيفة في مسئلتنا يقتضي أن لا تبطل الاجارة في تلك المسائل أيضا فان الاجارة انما ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ومنفعة البيت ليس بطاعة ولا معصية وانما الطاعة والمعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر فينبغي أن تصح الاجارة فيها أيضا عنده مع أن الامر ليس كذلك كما عرفت فان قلت ان الاجارة وان وردت على منفعة البيت الا أن جعل منفعة حين القعد لاجل الطاعة أو المعصية تأثيرا في بطلان الاجارة قلت فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه أيضا والحاصل أن الفرق بين تلك المسائل ومسئلتنا هذه في الحكم والدليل مشكل جدا فليتنامل ثم انه ذكر في الذخيرة والمحيط اذا استأجر الذي من المسلم دارا يسكنها فلا بأس بذلك لان الاجارة وقعت على أمر مباح فجازت وان شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أو أدخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم في ذلك شيء لان المسلم لم يؤجرها لها انما أجره للسكنى فكان بمنزلة ما لو أجرة دار من فاسق كان مباحا وان كان قد يعصى فيها ولو اتخذ فيها بيعة أو كنيسة أو بيت نار يمكن من ذلك ان كان في السواد قال شيخ الاسلام وأراد به هذا اذا استأجرها الذي ليسكنها ثم أراد بعد ذلك أن يتخذ كنيسة أو بيعة فيها فأما اذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لا يجوز الى هنا لفظ الذخيرة والمحيط قال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك عن صاحب المحيط ولا خفاء فيما بينه وبين ما ذكره المصنف من التنافي أقول ان التنافي بينهما ممنوع اذ يجوز أن يكون بناء قول شيخ الاسلام فأما اذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لا يجوز على قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسئلة لكون مختار نفسه قوامها وانما يلزم التنافي بينهما أن لو قال لا يجوز عند أبي حنيفة أو قال لا يجوز عندهم

قال (ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع أرضها) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا بأس ببيع أرضها أيضا وهذا رواية عن أبي حنيفة لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولا يبي حنيفة قوله عليه السلام إلا أن مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولا نهارة محترمة لأنها فناء الكعبة وقد ظهر آية أثر التعظيم فيها حتى لا ينقر صيدها ولا يختلي خلها ولا يعرض شوكها فكذلك في حق البيع بخلاف البناء لأنه خالص ملك الباني ويكره إجارتها أيضا لقوله عليه السلام من أجر أرض مكة فكانت أكل الربا ولأن أرض مكة تسمى السواحب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها أسكن غيره (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك) لأنه ملكه فربما جاز به نفعه وهو أن يأخذ منه ما شاء حاله لا ونهى رسول الله عليه السلام عن قرض جزئ نفعه وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزأ جزأ لأنه ودعة وليس بقرض حتى لو هلك لاشئ على الأخذ والله أعلم

وقوله (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء) واضح ولكن في لفظ الكتاب اشتباه وذلك لأن عند اللودعة فلا فرق حينئذ بين صورة الودعة والقرض ويجوز أن يجعل قوله يأخذ منه ما شاء خارجا عن شرط الشرط يعني وضعه بشرط أن يأخذ منه ما شاء وأما إذا وضعه ولم يشترط شيئا فهو ودعة إن هلك لم يضمن البقال شيئا

جميعا وليس فليس وذكر أحد الفواين في المسئلة الخلافية بدون بيان الخلاف ليس بعز في كلام الثقات وعن هذا ترى كثيرا من أصحاب المتون يذكرون قول أبي حنيفة في كثير من المسائل الخلافية بدون بيان الخلاف ثم الشراح يبينون الخلاف الواقع في ذلك وكيف لا يكون مراد شيخ الإسلام بقوله المزبور ما ذكرناه وقد صرح محمد رحمه الله في الجامع الصغير بأنه لا بأس عند أبي حنيفة أن تواقع بيتك ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يساع الخرفيه بالسواد وهل يلحق بمنزل شيخ الإسلام أن يغفل عن مسئلة الجامع الصغير ثم قال ذلك البعض ثم كلام المصنف صريح في أن إجارة البيت ليساع فيه الخمر مع كونه معصية إنما صحت عند أبي حنيفة لتخلل فعل فاعل مختار وقد صرح صاحب المحيط بأن صحتها لعدم كون بيع الخمر معصية للذي كسره به لأن خطاب التحريم غير نازل في حقه ولا خذاء فيما بينهما أيضا من التنافي انتهى أقول كون كلام المصنف صريحا فيما ذكره من نوع لجواز أن يكون قول المصنف وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه خارجا عن شرط في أن إجارة البيت ليساع فيه الخمر لا يتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة وإيجاره لأن بيعا فيه الخمر ولا شك أن اتخاذ بيت النار واتخاذ الكنيسة واتخاذ البيعة معصية للذي أيضا يكون الكفار مخاطبين بالإيمان بلا خلاف واتخاذ تلك الأمور يتنافى الإيمان فكانت معصية قطعا وإن لم يكن بيع الخمر معصية للكافر بناء على القول بأن خطاب التحريم غير نازل في حق الكفار فيجوز أن تكون الصور الثلاث الأولى مغلبة على صورة بيع الخمر في قول المصنف وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه قطعاً نسبة عنه فكانه قال وإنما المعصية في صورة اتخاذ المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر وأما في غير صور اتخاذ المعصية وهي صورة بيع الذي الخمر فالأمرين فينبغي أن لا يتحقق التنافي بينهما وبين ما صرح به صاحب المحيط كما لا يخفى ثم إنه لو سلم دلالة كلام المصنف على كون بيع الخمر أيضا معصية للذي فلا ضير فيه لأن في نزول خطاب التحريم في حق الكفار قولين من مشايخنا فعند بعضهم غير نازل وعند بعضهم نازل كما عرف في أصول الفقه في فصل أن الكفار مخاطبون بالشرائع أم لا فيجوز أن يكون مبنى كلام صاحب المحيط على القول الأول ومبنى كلام المصنف على القول الثاني ولكل وجهة هو موليها (قوله وقال لا بأس ببيع أرضها وهو رواية عن أبي حنيفة لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء) قال في الكافي بعد ذكر هذا التعليل وقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربيع دليل على أن عقار مكة عرضة للتملك والتملك انتهى وأصل هذا على ما ذكر في غاية البيان وغيرهما روى الطحاوي في شرح الآثار بأسبغناه إلى أسامة بن زيد أنه قال يا رسول الله أنزل في دارك بمكة قال عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربيع

﴿مسائل متفرقة﴾

قال (وبكره التعشير والنقط في المصحف) أقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن وروى جردوا المصحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب تكمالا عليه فيكره قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلاله فترك ذلك اخلاصا بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال (ولابأس بتجلية المصحف) لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال (ولابأس بان يدخل أهل الذمة المسجد الحرام) وقال الشافعي يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا

﴿مسائل متفرقة﴾

التعشير جعل العواشر في المصحف وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات واختلاف في تفسير قوله جردوا القرآن فقيل المراد نقط المصحف فيكون دليلا على كراهة نقط المصحف وقيل هو أمر بجمع القرآن وحده وترك الاحاديث وقالوا هذا باطل وقيل هو حث على أن لا يتعلم شيء من كتب الله غير القرآن لان غيره انما يؤخذ من اليهود والنصارى وليسوا بمؤمنين عليها وقوله (وقد ذكرناه من قبل) يعني في فصل القراءة من الصلاة

أودور وكان عقيل ورث أباطالب وطالب ولم يرثه جعفر ولا علي لانهم كانوا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين وكان عمر بن الخطاب من أجل ذلك يقول لا يرث المؤمن الكافر في هذا الحديث ما يدل على أن أرض مكة تلك وثورت لانه قد ذكر فيها ميراث عقيل وطالب مما ترك أبو طالب في ربيع ودور انتهى ثم ان بعض المتأخرين بعد أن ذكر ما في الكافي وأصله المزبور على التفصيل المذکور قال ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعاً لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضي ألا يرى الى صحة هذا الحديث أيضا لو كانت الاراضي موقوفة والابنية عليها مما لو كانت انتهى أقول بل لا يخفى على من له أدنى غيرة أن الحديث المذکور يدل على ميراث الارض أيضا قطعاً اذ قد ذكر فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال وعمل ترك لنا عقيل من ربيع وأودور والربيع جميع ربيع وهو الدار بعينها حيث كانت والحلة والمنزل كذا في القاموس وغيره ولا شك أن كلامنا من الدار والحلة والمنزل اسم لما يشمل البناء والعروة التي هي الارض فكان معنى قوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربيع أودور ما ترك لنا من البناء والارض وإذا كان وجه عدم تركه شيئا من ذلك استيلاءه على كل من ذلك بالارث من أبي طالب كما ذكره الطحاوي في شرح الآثار دل الحديث المذکور قطعاً على ميراث الارض أيضا وانما لا يدل على ذلك لو كان لفظ الحديث وهل ترك لنا عقيل من ربيع وليس كذلك كما ترى بل الاجمال أصلا لان يكون كذلك اذ لو كان كذلك لما تم جوابا عن قول أسامة يارسول الله انزل في دارك بمكة فان عدم ترك عقيل بيتا يأسه استيلاءه على الابنية وحده لا يقتضي عدم تركه أرضا أيضا حتى لا يمكن النزول في عروسة داره أيضا واذ مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض والمجب أنه قال في حاشية كتابه في هذا المقام الربيع وهو الدار بعينها والحلة والمنزل كذا في القاموس انتهى وقال في أصل كتابه ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعاً لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضي ولم يلاحظ أنه على ذلك كيف يتم جواب النبي صلى الله عليه وسلم بقوله وهل ترك لنا عقيل من ربيع أودور والله الهادي الى سواء السبيل وهو حسبي ونعم الوكيل

﴿مسائل متفرقة﴾

(قوله ولا بأس بتجلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل) قال صاحب العناية يعني في فصل القراءة من الصلاة وقد سبقه صاحب النهاية الى التفسير بهذا الوجه أقول هذا هو من الشارحين المذکورين لان المصنف ما ذكره في فصل القراءة من الصلاة لا صرح بمحاولات التزام بل انما ذكره في آخر باب ما يفقد الصلاة وما يكره فيها من كتاب الصلاة في فصل أوله ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاص يظهر ذلك بالنظر الى محله (قوله للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا) قال تاج الشريعة في

ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرج به عنه والجنب يجنب المسجد وبهذا
يحتاج مالك والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روى أن النبي عليه السلام أنزل وقد
تقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد والآية محمولة
على الحضور واستيلاء واستعلاء أو طائفتين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال (ويكره استخدام
الخصيان) لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو منتهى محرمة قال (ولا بأس
بخصاء البهائم وانزاع الخبز على الخيل) لان في الاول منفعة للبهيمة والناس وقد صح أن النبي عليه
السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه قال (ولا بأس بعبادة
اليهود والنصراني) لانه نوع عري في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح أن النبي عليه السلام عاد يهوديا
مرض بجواره قال (ويكره أن يقول الرجل في دعائه أسألك بمعة العز من عرشك) والمسئلة
عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب في كراهية الثانية لانه من القعود

حل دلالة الآية على مدعى الشافعي خص الله تعالى المسجد الحرام بالذ كرفدل على أن النهي عن
الدخول خاص في حقه لان انما الحصر الحكم في الشيء أو الحصر الشيء في الحكم كقولنا انما
الطبيب زيد وانما زيد طبيب اه أقول ان قوله لان انما الحصر الحكم في الشيء أو الحصر الشيء في الحكم
ليس بكلام مفيد ههنا لان الخلاف في أن الكفار هل يجوز لهم أن يدخلوا المسجد الحرام أم لا لا في أنهم
نجس أم لا وكلمة انما في الآية المذكورة انما هي في قوله تعالى انما المشركون نجس لا في قوله تعالى
فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا فتأثير الحصر الذي تفيد كلة انما هو في الجملة التي دخلت
عليها كلة انما في الجملة الاخرى فلا يتم التقريب (قوله ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل
اغتسالا يخرج به عنه والجنب يجنب المسجد) أقول لا يذهب عليك أن هذا الدليل لو تم لدل على أن
لا يدخل الكافر شيئا من المساجد ومذهب الشافعي أنه لا يجوز دخول الكافر المسجد الحرام دون سائر
المساجد فلم يكن هذا الدليل ملائما لمذهبه وانما كان مناسبا لمذهب مالك كما لا يخفى (قوله ولان
الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد) قال بعض المتأخرين ظاهره أن هذا دليل آخر ولا
وجه له فحق التعبير حذف حرف التعليل ليكون اشارة الى دفع أن يقال كيف أنزلهم في مسجده وقد
وصفهم الله تعالى بكونهم أنجاسا انتهى أقول ليس ذلك بشئ اذ لا شك في صحة أن يكون هذا دليلا آخر
عقليا لنا فان الخبث اذا كان في اعتقادهم لا يؤدي الى تلويث المسجد فلا يكون في دخولهم المسجد بأس
لا محالة فقول ذلك البعض ولا وجه له تحكم بحت كما لا يخفى وكونه دليلا مستقلا على أصل المدعى
لا ينافي أن يتضمن الجواب عن أن يقال كيف أنزل النبي عليه السلام وقد تقيف في مسجده وهم
كفار وقد وصفهم الله تعالى بكونهم نجسا كما حكى أنه عليه السلام لما أنزلهم في مسجده وضرب لهم
خيمة قالت الصحابة قوم أنجاس فقال عليه السلام ليس على الارض من أنجاسهم شيء وانما أنجاسهم
على أنفسهم ومن عادة المصنف أنه يجعل كثيرا من آياته النص دليلا مستقلا عقليا على أصل المسئلة افادة
للفائدتين معا وما نحن فيه أيضا من ذلك القليل نعم يرد على ظاهر هذا الدليل أنه تعليل في مقابلة النص وهو
قوله تعالى فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف
في علم الاصول فأجاب المصنف عنه بقوله والآية محمولة على الحضور واستيلاء الى آخره (قوله ويكره
استخدام الخصيان) قال العيني والخصيان بضم الخاء جمع خصي كالثنيان جمع ثني وتبعه بعض
التأخرين أقول ما ذكره ليس صحيح فان المضبوط في عامة المعبرات من كتب اللغة أن جمع خصي
هو خصيان بكسر الخاء وخصبة قال في مختار الصحاح والرجل خصي والجمع خصيان بالكسر وخصبة

وقوله (ولا بأس بعبادة
اليهود والنصارى) قيد بهما
لان في عبادة المجوس اختلافا
بين المشايخ رحمهم الله فنهى
من قال لا بأس به لانهم من
أهل الذمة وهو المروى عن
محمد رحمه الله ومنهم من
قال هم أبعد عن الاسلام
من اليهود والنصارى ألا ترى
أنه لا يباح ذبيحة المجوس
ونكاحهم بخلاف اليهود
والنصارى واختلفوا في
عبادة الفاسق والاصح أنه
لا بأس به لانه مسلم والعبادة
من حقوق المسلمين وكلامه
واضح

(قال المصنف ولان الكافر
لا يخلو عن جنابة) أقول
هذا لا يخص المسجد الحرام
(قال المصنف والآية
محمولة على الحضور واستيلاء
واستعلاء) أقول أي على
منعهم أن يدخلوها
مستولين وعلى أهل الاسلام
مستعلين وأيضا النهي
تكويين لا تكليين

وكذا الاولى لانه يوهـم تعاقى عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا بأس به وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله لانه مأثور عن النبي عليه السلام روى أنه كان من دعائه اللهم اني أسألك بـ... قد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كباك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلما نك التامة ولكننا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع (ويكره أن يقول الرجل في دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك) لانه لاحق للخلق على الخلق قال (ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل اهو) لانه ان قامر بها فاليسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عيب ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل الا الثلاث ناديه لغرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشجيع الخواطر وتذكير الافهام وهو محكي عن الشافعي رحمه الله لانه قول عليه السلام من لعب بالشطرنج والنرد شير فكأنما غرس يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصعد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام ما ألهالك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متأول فيه وكره أبو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير أبو حنيفة رحمه الله به بأسا لبغفلهم عما هم فيه قال (ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير) وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من أهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بركة رضي الله عنها وكانت مكاتبة وأجاب رهط من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى أبي أسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجرد التاجر بدانها ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقى على أصل القياس

(قوله لهو المؤمن باطل
الا الثلاث) كذا بالاصل
والمحفوظ الا في ثلاث اه
مصححه

(قال المصنف لانه ان قامر به
فاليسر حرام بالنص وهو
اسم لكل قمار وان لم يقامر
فهو عيب ولهو) أقول
ولذلك لم يعزروا قال بامقام
لان أبا يوسف قال في رواية
لا بأس باللعب بالشطرنج
كذا في المحيط السرخسي
في باب التعزير وفي صحة
التعليل كلام لا يخفى

انتهى وأما كون الخصيان بالضم جمع خصي فلم يسمع من أئمة اللغة قط (قوله وكذا الاولى لانه يوهـم تعاقى عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم) قال بعض المتأخرين يرد عليه أن حدوث تعلق صفته تعالى بشئ حادث لا يوجب حدوث تلك الصفة له عدم توقفها على ذلك التعلق فان صفة العز ثابتة له تعالى أزلا وأبدا وعدم تعلقه بالعرش الحادث مثلا قبل خلقه لا يستلزم انتفاه عزه ولا نقصانا فيه كما أن عدم تعلق كمال قدرته بهذا العالم العجيب الصنع قبل خلقه لا يوجب عدم قدرته أو نقصان فيه وبالجملة التعلقات الحادثة مظاهر للصفات لا مباد لها فالاولى في تقرير الدليل أن يقال كما قاله صاحب الكافي لانه يوهـم تعلق عزه بالعرش وأن عزه حادث والعز صفة القديمة حيث جعل لزوم كون عزه حادثا دخلا في حيز الایهام فتأمل الى هنا كلامه أقول ان صاحب الكافي وان جعل لزوم كون عزه حادثا دخلا في حيز الایهام إلا أنه علل ايهام أن عزه حادث بتعلقه بالمحدث حيث قال لانه يوهـم تعلق عزه بالعرش وأن عزه حادث لتعلقه بالمحدث والعز صفة القديمة لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به انتهى فكان مدار ما قاله صاحب الكافي أيضا لزوم تعلق عزه بالمحدث فلم يكن فرق بينه وبين ما قاله المصنف في ورود ما ذكره ذلك القائل فلما معنى لقوله فالاولى في تقرير الدليل أن يقال كما قاله صاحب الكافي وان لم يرد ذلك القائل قول صاحب الكافي لتعلقه بالمحدث فكأن عزه حادث وان عزه حادث تعلقه بالمحدث ظاهر وان لم يصرح به اذ لا شئ يصلح أن يكون عملة له سواء وعن هذا ترى كل من بين وجه الكراهة في الدعاء المسذ كور من مشايخنا جعل المدار لزوم تعلق عزه بالحادث قال في المحيط وأما باللفظ الاول فلانه يوهـم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث اذ تعلق بالحادث والله تعالى متعال عن صفة الحدوث انتهى وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وان كان من العقد وهو المعروف في هذا الدعاء فانه يكره أيضا لانه يوهـم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث اذ تعلق بالمحدث والله تعالى عز يزل موصوفا

قال (ومن كان في يده لقبط لأب له الخ) ذكر في النهاية أن قوله لأب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لأنه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها وأولها أب فوهب لها من الوقبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب لأنه لما كان نفعا محضاً كان تحقيق معناه في فتح باب الإصابت من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتميز فثبت أن عدم الأب ليس بلازم كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله وأموال القنية ما يكون للنسل لا للتجارة وقوله (وأجارة الصغار) في أكثر النسخ وهو رواية القدوري رحمه الله (١٣٣) وفي بعضها وأجارة الأظفار وكلامه

واضح وقوله (ولا يجوز للملتهق أن يؤجره) هذا يناقض قوله وأجارة الصغار ظاهراً فمنهم من جعله على الروايتين فالأول على رواية القدوري كما مر والثاني على رواية الجامع الصغير ومنهم من غير لفظ الكتاب إلى لفظ الأظفار كما مر ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز إجارته على ما إذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعدد الضرورة وعدم جوازها على ما إذا لم يكن فيه ضرورة وقوله (ولا يجوز ذلك للعم) يعني وإن كان في حجره وقوله (ولو أجز الصبي نفسه لا يجوز) قال في النهاية أي لا يلزم وقوله وقد ذكرناه يعني في باب أجارة العبد وقوله (ويكره أن يجعل في عنق عبده الراية) راية الغلام غل يجعل في عنق الغلام علامة يعلم بها أنه آتق قال في النهاية وأما الداية بالادال فغلط كذا في

قال (ومن كان في يده لقبط لأب له فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) وأصل هذا أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لا على كونه هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لأن الولي هو الذي قام مقامه بآبابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعته وأجارة الأظفار وذلك جائز لمن يعوله وينفق عليه كالأخ والعم والام والمملوك إذا كان في حجرهم وإذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي أولى به إلا أنه لا يشترط في حق الولي أن يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا على كونه المملوك والأخ والعم والصبي بنفسه إذا كان يعقل لأن الألق بالحكمة فتح باب مثله نظراً للصبي فملك بالعقل والولاية والجبر وصار بمنزلة الانفاق قال (ولا يجوز للملتهق أن يؤجره ويجوز للأمام أن يؤجر ابنها إذا كان في حجرها ولا يجوز للعم) لأن الام تلك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك المملوك والعم (ولو أجز الصبي نفسه لا يجوز) لأنه مشوب بالضرر (الأذا فرغ من العمل) لأن عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤجر نفسه وقد ذكرناه قال (ويكره أن يجعل الرجل في عنق عبده الراية) ويرى الداية وهو طوق الحديد الذي يمنع من أن يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلة لأنه عقوبة أهل النار فيكره كالأحراق بالنار (ولا يكره أن يقيده) لأنه سنة المسلمين في السفهاء وأهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرراً عن إباحة وصيانة له قال (ولا بأس بالحقنة

به ولا يزال موصوفاً به انتهى إلى غير ذلك من عبارات المشايخ العظام في هذا المقام ثم أقول في الجواب عما أورده ذلك البعض الظاهر أن ما هو بواعنه ههنا ليس إيهام مطلق تعلق عزه تعالى بالمحدث إذ قد تقرر في علم أصول الدين أن ظهور المحدثات كلها وبروزها من كتم العدم إلى دائرة الوجود بحسب تعلق إرادة الله تعالى وقدرته بذلك والحادث إنما هو في التعلقات دون أصل الصفات ولا نقصان في ذلك أصل بل هو كمال محض لا يخفى فكذا الحال في صفة عزه تعالى وإنما مرادهم بما هو بواعنه إيهام تعلق عزه تعالى بالمحدث تعلقاً خاصاً وهو أن يكون ذلك المحدث مبدءاً أو منشأ لعزته تعالى كما هو منه كلمة من في قوله بعقد العزم من عرشك إذا أظهر المتبادر منه في بادئ الرأي أن تكون لا ابتداء الغاية حتى قال بعضهم إن جميع معاني من راجعة إلى معنى ابتداء الغاية ولا شك أن التعلق بالمحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصور في عزه تعالى ولا في صفة من صفاته تعالى أصلاً وكيف لا يكون مرادهم هذا ولا محالة أنه لا ينبغي أن يخفى على أساطين الفقهاء ما تقرر في علم أصول الدين من جواز تعلق صفات الله بالمحدثات تعلقاً فاضلاً لا ترى أن المحدثات كلها مظاهر صفات الله تعالى وإنما الحال تعلق صفة الله تعالى بالمحدث تعلقاً استفاضاً منه فهو المهر وبعبارة إيهامه فيما نحن فيه بل لا ريب (قوله قال ومن كان في يده لقبط لأب له فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) قال في النهاية أعلم أن قوله لأب له ليس بشرط لازم

المغرب قالوا هذا كان في زمانهم عند قلة الأباقي أما في زماننا فلا بأس به لغلبة الأباقي خصوصاً في الهنود

(قال المصنف ولا يجوز للملتهق أن يؤجره) أقول ذكر المصنف في باب اللقبط أن هذه الرواية هي الأصح وقال أكمل الدين يناقض قوله وأجارة الصغار ظاهراً فمنهم من جعله على الرواية ومنهم من غير لفظ الكتاب إلى لفظ الأظفار كما مر ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز إجارته على ما إذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعدد الضرورة وعدم جوازها على ما إذا لم يكن فيه ضرورة انتهى وقال العلامة السكاكي أو نقول المراد بقوله وأجارة الصغار تسليمهم للصناعة حتى يكون من جنس ما لا بد للصغار منه انتهى وقد مر أنه يجوز في كتاب اللقبط (قوله فالأول على رواية القدوري كما مر) أقول في كتاب اللقبط

وقوله (يريد به التداوى) احتراز عما لو أراد به التسمين فإنه لا يباح وقوله وقد ورد باباحته أى باباحة التداوى الحديث قال صلى الله عليه وسلم تداووا وعباد الله فإن الله تعالى ما خلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام والهزم والامر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الاسباب ثم التوكل بعد على الله تعالى دون الاسباب قال الله تعالى لمريم وهزى اليك بجذع النخلة مع قدرته على أن يرزقها من غير هز كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله (١٣٤) وقوله (الا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالتجرو ونحوها لان

الاستشفاء بالمحرم حرام) قيل اذا لم يعلم أن فيه شفاء فإن علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره يجوز له الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود رضى الله عنه ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل أن عبد الله قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم لانه يستغنى بالحلال عن الحرام ويجوز أن يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وانما يكون بالحلال قال (ولا بأس برزق القاضى الخ) اذا قلد السلطان وجلا القضاء لا بأس أن يعين له رزقا بطريق الكفاية لأن يشترط ذلك في ابتداء التقابل لان النبي عليه الصلاة والسلام بعث عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة وفرض له أربعين أوقية في السنة والاوقية بالتشديد أربعون درهما وتسكما وفى أنه صلى الله عليه وسلم لم من أى مال رزقه ولم تكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال فان الدواوين وضعت في

يريد به التداوى) لان التداوى مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالتجرو ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال (ولا بأس برزق القاضى) لانه عليه السلام بعث عتاب بن أسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فسكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحيس من أسباب النفقة كما في الوصى والمضارب اذا سافر عمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطافه هو حرام لانه استجار على الطاعة اذا لقضاء طاعة بل هو أفضلها ثم القاضى اذا كان فقيرا فالأفضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذا اشتغال بالكسب بقعده عن اقامته وان كان غنيا فالأفضل الامتناع على ما قيل رفقاً ببيت المال وقيل الاخذ وهو الأصح صيانة للقضاء عن الهوان وتطير المن بولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا بتعذرا عادته ثم تسميته رزقا يبدل على أنه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في أول السنة لان الخراج يؤخذ في أول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو

في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب فإنه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجهه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتميز فنبت أن عدم الأب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام انتهى وقد أطنبت كلمة سائر الشراح أيضا على أن عدم الأب ليس بلازم في حكم هذه المسئلة وانما هو قيد اتفاق وعمل ذلك كاهم بما ذكر في كتاب الهبة من أن الصغيرة لو كانت عند زوجها يعولها ولها أب فقبض زوجها الهبة لها فإنه يجوز لكونه نفعا محضا بخلاف قبض الهبة لها مع قيام الأب غير أن صاحب الكفاية والعناية ذكره بطريق النقل عن النهاية ومن عداها ما ذكره من عند أنفسهم أقول قول الكل ليس بصحيح عندي اذا ثبت مما ذكره في كتاب الهبة انما هو أن عدم الأب ليس بلازم في جواز قبض زوج الصغيرة الهبة لها اذا كانت عنده يعولها لان عدم الأب ليس بلازم فيما نحن فيه وهو جواز قبض المنقط الهبة أو الصدقة للقيط الذي في يده لتحقيق الفرق بين زوج الصغيرة وسائر من يعولها في جواز قبض الهبة لها عند وجود الأب كما مر في نفس الكتاب في كتاب الهبة منصوصا بالمسئلة التي استشهدوا بها حيث قال وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها الهبة بعد الزفاف لتفويض الأب أمورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف وذلك مع حضرة الأب بخلاف الام وكل من يعولها غير حاجب لا يمكنه الا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرفه هو لضرورة لا بتفويض الأب ومع حضرة الأب لا ضرورة انتهى تأمل ترشد وقال بعض المتأخرين وقوله لا أب له أى لا أب له مع روف لأن لا يكون أبوه حيا وهو بيان للواقع فان اللقيط لا يكون الا كذلك لانه في الشرع مولود طرحة أهله في الطريق خوفا من العيلة أو فرارا من التهمة فلا يكون له أب معروف فلا وجه لما قاله صاحب النهاية من أن قوله

زمن عمر رضى الله عنه فقيل انما رزقه من النى هو قبل من المال الذى أخذ من نصارى فخران ومن الجزية التي أخذها من مجوس على

(قوله فالأول احتراز عما لو أراد به التسمين فإنه لا يباح) أقول سبق من المصنف في فصل الوطء والنظر والمس أنه يجوز الحقنة للهرزال الفاحش على ما روى عن أبي يوسف لانه أماراة المرض فإنه يبدل على ان المختار تلك الرواية ويجوز أن يقال المراد ههنا ارادة مجردة السمن بلا قصد التداوى وفيما سبق ليس كذلك

هجر وقوله (على اختلاف معروف في نفقة المرأة إذا ماتت في السنة بعد استكمال نفقة السنة والاصح أنه يجب الرد قال (ولا بأس بأن تسافر الامة وأم الولد بغير محرم) لأن الجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وأم الولد أمة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها

يجب رد حصة ما بقي من السنة وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يجب قاسوا على نفقة الزوجة اذا استجملت نفقة السنة فمات الزوج في نصف السنة ردت نفقة ما بقي عند محمد خلافا لأبي يوسف وقوله (ولا بأس أن تسافر الامة الى آخره) قيل هذا كان في الابتداء أما الآن فيكره ذلك لغلبة أهل الفسوق وقوله (على ما ذكرنا من قبل) إشارة الى ما ذكر من قبل فصل الاستبراء بقوله وأما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كافي المحارم

كتاب احياء الموات

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره ومن محاسنه التيسير للخصب في أقوات الانام ومشروعيته بقوله صلى الله عليه وسلم من أحيأ أرضاً ميتة فهي له وشروطه ستذكر في أثناء الكلام وسيبى تعلق البقاء المقدر كما مر غير مرة وحكمه غلظ الحي ما أحيأ

على اختلاف معروف في نفقة المرأة إذا ماتت في السنة بعد استكمال نفقة السنة والاصح أنه يجب الرد قال (ولا بأس بأن تسافر الامة وأم الولد بغير محرم) لأن الجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وأم الولد أمة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها

كتاب احياء الموات

لا بأس ليس بشرط لازم في حق هذه الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عند يعولها وأولها أب فوهدب لها أنم الوقيضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب وذلك لأن وضع المسئلة في اللفظ لا في الصغار مطلقا الى هنا كلامه أقول ليس هذا أيضا صحيح فان مداره الغفول عما تقرر في كتاب الاقيط من أنه اذا ادعاه مدع أنه ابنه بقبول قوله وينبت نسبه منه فجاز أن يظهر له أب بعد الالتقاط فيصير كسائر الصغار الذين لهم أب فيتمشى ما ذكره صاحب العناية وغيره من جواز قبض الزوج له بقيام الأب فيما اذا كانت صغيرة من زوجة وكانت عند زوجها يعولها فلا وجه لنفي وجه ما قاله صاحب النهاية بناء على أن وضع المسئلة في اللفظ لا في الصغار مطلقا ولا معنى لحل قوله لا بأس به في مسئلة الجماع الصغير على بيان الواقع بأن يكون المراد لا بأس به معروف لأن لا يكون له أب في الحياة لانه ان كان المراد لا بأس به معروف حين الالتقاط فهذا مع كونه بعيدا من اللفظ جد الاحتياجه الى التقييم مرتين يصير بمنزلة اللغو من الكلام في هذا المقام لا يليق بشأن الامام الرباني محمد ذلك الهمام وان كان المراد لا بأس به معروف أصلا أي لا حين الالتقاط ولا بعده فلا يصح أن يكون بيانا للواقع اذ لا يلزم أن لا يكون اللفظ الا كذلك فانه قد يكون له أب معروف بعد الالتقاط بأن ادعى أحد أنه ابنه وشاع ذلك فانه مقبول في الشرع كما مر ولا فرق بينه وبين سائر الاولاد الذين يحتاج ثبوت نسبهم الى دعوة الأب كما في المولود من أمة فالحق عندي أن قوله لا بأس به قيد احترازي عن الاقيط الذي كان له أب حاضر فانه لا يجوز من كان في يده مثل ذلك الاقيط أن يقبض الهبة أو الصدقة له على موجب ما مر في كتاب الهبة من أن زوج الصغيرة يملك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الأب لتفويض الأب أمورها اليه دلالة بخلاف الام وكل من يعولها غير يرها حيث لا يملك كونه لا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ومع حضرة الأب لا ضرورة انتهى اذ لا شك أن الملتقط داخل في كايه قوله وكل من يعولها غير هانم أن لا يملك قبض الهبة للصغيرة التي كانت في يده وعوله كما لا يخفى فتبصر والله الموفق للصواب

كتاب احياء الموات

قال جمهور الشراح مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل قواهم المذكور وهذا ليس بشيء لانه قل كتاب من الكتب يخلو عما يكره وما لا يكره انتهى أقول بل ما ذكره نفسه في الرد عليهم ليس بشيء لأن ما ذكره في ترتيب الكتب السابقة واللاحقة من المناسبات ملحوظة فيما ذكرناه من المناسبات بين هذا الكتاب وكتاب الكراهية ولا ريب أن الحينية المذكورة ههنا مع ملاحظة تلك المناسبات تقتضي ذكر هذا الكتاب عقب كتاب الكراهية دون غيره اذ لو غير ذلك لفات بعض من المناسبات السابقة أو اللاحقة وليكن هذا المعنى على ذكر من ذلك فانه يفعل في مواضع شتى

قال (الموات ما لا ينتفع به من الاراضي) شبه ما لا ينتفع به من الاراضي لا تقطاع الماء عنه أو غلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك بأن غلب عليه الرمال أو صار سجة بالميت (١٣٦) من الحيوان الذي بطلت منافعه فسمي مواتا وأحياءه عبارة عن جمعه

بجيت ينتفع به قوله (فما كان منها عاديا) ليس المراد به ما يقتضيه ظاهر لفظه من أن يكون منسوب إلى عاد لأن عاد الم ملك جميع أراضي الموات ولكن مراده ما قدم خرابه كما ذكر في الكتاب وقوله (أو كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه) قول بعض المشايخ رحمه الله وقال بعضهم الأراضي المملوكة إذا انقرض أهلها فهي كاللقطة وقوله (وإذا لم يعرف مالكه) من تمة قول محمد رحمه الله وقوله (في دار الحكم عليه) أي على القرب مرجع حكى يفهم من قوله قريبا وقوله (ثم من أحياء) واضح

(قال المصنف الموات ما لا ينتفع به من الاراضي) أقول تعريف بالأعم اصدقه على ماله مالك معروف لكن لا ينتفع به لأحد الأمور المذكورة ولك أن تقول هذا تفسير المعنى اللغوي (قال المصنف ومعنى العادي ما قدم خرابه) أقول لأن يكون منسوباً إلى عاد وينسب كل أثر قديم إليهم لتقديمهم قال عليه الصلاة والسلام عادي

قال (الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لا تقطاع الماء عنه أو غلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال (فما كان منها عاديا لا ماله أو كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه) وهو بعيد من القرية بحيث إذا وقف انسان من أقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال رضي الله عنه هكذا ذكره القديري ومعنى العادي ما قدم خرابه والمراد عن محمد رحمه الله أنه يشترط أن لا يكون مملوكا للمسلم أو ذي مع انقطاع الارتفاق بها ليكون مينة مطلقا فأما التي هي مملوكة لمسلم أو ذي لا تكون مواتا وإذا لم يعرف مالكه يكون للجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك برده عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعيد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف لأن الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فبإدار الحكم عليه ومحمد رحمه الله اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وإن كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواجه زاده رحمه الله وشمس الأئمة السرخسي رحمه الله اعتمد على ما اختاره أبو يوسف رحمه الله (ثم من أحياء باذن الامام ملكه وإن أحياءه غير اذنه لم يملكه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال مالكه) لقوله عليه السلام من أحياء أرضا مينة فهي له ولأنه مال مباح سبقت يده اليه فملكه كما في الخطب والصيد ولا يبي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به

(قوله الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لا تقطاع الماء عنه أو غلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) قال بعض الفضلاء هذا تعريف بالأعم اصدقه على ماله مالك معروف ~~لا~~ لا ينتفع به لاحد الامور المذكورة ولك أن تقول هذا تفسير المعنى اللغوي انتهى أقول توجيهه الذي ذكره بقوله ولك أن تقول إلى آخره ليس بتمام فان قيد أن لا يكون له مالك معتبر في معناه اللغوي أيضا قال في الصحاح والموات بالفتح ما لا روح فيه والموات أيضا الأرض التي لا مالك لها من الأديمين ولا ينتفع بها أحد انتهى وقال في القاموس والموات كغراب الموت وكسحاب ما لا روح فيه وأرض لا مالك لها انتهى فعلى تقدير أن يحمل ما في الكتاب على نفس المعنى اللغوي يكون تفسيره بالأعم أيضا لا يقال أصل المعنى اللغوي للموات ما لا روح فيه والذي ذكره في الصحاح والقاموس ثانيا هو معناه العرفي أو الشرعي فلم يكن قيد أن لا يكون له مالك معتبر في معناه اللغوي لأننا نقول الظاهر المتبادر من أن يذ كر معنى اللفظ في كتب اللغة بلا إضافة إلى العرف أو الشرع أن يكون ذلك المعنى معناه اللغوي سيما من قيد أيضا في قوله في الصحاح والموات أيضا الأرض التي لا مالك لها وإن لم يكن الأمر كذلك فيما نحن فيه بل كان معناه اللغوي هو الذي ذكره أولا فلا شك أن ما لا روح فيه أعم من الأرض التي لا ينتفع بها بل من مطلق الأرض فعلى تقدير أن يحمل ما في الكتاب على تعريف المعنى اللغوي يكون تعريفه بالأخص وهو ليس بأقل فحما من التعريف بالأعم وبهذا الذي ذكرنا يظهر أنه بشكل أيضا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية في شرح هذا المقام حيث قال لقوله الموات ما لا ينتفع به من الأرض تحدد اللغوي وزيد عليه في الشرع أشياء أخر بيته في قوله فما كان عاديا لا ماله أو كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث إذا وقف انسان في أقصى العامر فصاح لا يسمع صوته فهو موات انتهى تأمل توقف (قوله ولا يبي حنيفة قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به) أقول لقائل أن يقول ان اعتبر عموم هذا الحديث يلزم أن لا يملك أحد شيئا من الاملاك بغير اذن الامام مع ظهور خلافه اذ لا شك أن كل أحد يستبد في التملك بالبيع والاجارة والهبة والارث والوصية ونحوها من أسباب الملك من غير

الأرض لله ورسوله ثم هو بعد مني لكم رواه سعيد بن منصور وأبو عبيد كذا في شرح الكاكي وفي كلامه تناقض ومارواه ظاهر والظاهر أن مراده من قوله لا أن يكون منسوباً إلى عاد انتساب الملكية (قوله في دار الحكم عليه أي على القرب) أقول أي القرب مرجع لضيق عليه حكى أي مذ كور كما لا نفيها من قوله قريبا كقوله تعالى اعدوا لهوا هو أقرب للتقوى

وقوله (وماروياه محتمل أنه اذن لقوم لانتصب لشرع) تقر به أن المشروعات (١٣٧) على نوعين أحدهما نصب الشرع

والآخر اذن بالشرع فالاول كقوله صلى الله عليه وسلم من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف والاخر كقوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه أي للامام أن يأذن للغازي بهذا القول فكان ذلك منه عليه

الصلاة والسلام اذنا لقوم معينين فيجوز أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام من أحيأ أرضا مواتا فهي له من ذلك القبيل وحاصله أن ذلك يحتمل التأويل وما ذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لا يقبله فكان راجحا وفيه وجه آخر وهو أن قوله عليه الصلاة والسلام من أحيأ أرضا مواتا فهي له بدل على السبب فان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على عليه المشتق منه لذلك الحكم وليس فيه ما يمنع كونه مشروطا باذن الامام وقوله عليه الصلاة والسلام ليس للره الا ما طابت به نفس امامه يدل على ذلك وقوله (والاصح أن الاول ينزعها من الثاني) بيانه أن المشايخ رجعهم الله اختافوا في أن احياء الموات ينبت ملك الاستغلال أو ملك الرقبة فذهب بعضهم منهم الفقيه أبو القاسم أحمد البخني رحمه الله إلى الاول قياسا على من جلس في موضع

وماروياه محتمل أنه اذن لقوم لانتصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله إلى بد المسلمين بإيجاف الخيل والركاب فليس لاحد أن يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاهم الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو أحيأها ثم تر كها فزرها غيره فقد قيل الثاني أحق به الان الاول ملك استغلالها الارقبته فاذا تر كها كان الثاني أحق بها والاصح أن الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التملك وملكه لا يزول بالترك ومن أحيأ أرضا مواتا ثم أحاط بالاحياء بجوانبها الاربعة من أربعة نفر على التعاقب فمن محمدان طريق الاول في الارض الرابعة

توقف على اذن الامام وان لم يعتبر عمومهم لا يتم المطلوب ههنا فان قلت عمومهم غير معتبر بل هو مختص بما يحتاج فيه إلى رأى الامام وما ذكرنا من أسباب الملك لا يحتاج فيه إلى رأى الامام بخلاف ما نحن فيه قلت كون التملك فيما نحن فيه مما يحتاج فيه إلى رأى الامام أول المسئلة في لزوم المصادرة على المطلوب (قوله وماروياه محتمل أنه اذن لقوم لانتصب لشرع) تقر به ان المشروعات على نوعين أحدهما نصب الشرع والاخر اذن بالشرع فالاول كقوله عليه الصلاة والسلام من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف والاخر كقوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه أي للامام ولاية أن يأذن للغازي بهذا القول فكان ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم اذنا لقوم معينين وتجرى على القتال لانتصب لشرع فكذلك في يومنا هذا من قتل قتيلا لا يكون سلبه له الا أن يأذن الامام به فيجوز أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام من أحيأ أرضا مواتا فهي له من ذلك القبيل وحاصله أن ذلك الحديث يحتمل التأويل وما ذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لا يقبل التأويل فكان راجحا كذا في العناية وغيرها قال تاج الشريعة فان قلت مارواه عام خص منه الخطب والحشيش وماروياه لم يخص فيكون العمل به أولى قلت ما ذكر ليان أنه لا يجوز الاقتيات على رأى الامام والخطب والحشيش لا يحتاج فيهما إلى رأى الامام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصير مخصوصا بالارض مما يحتاج فيها إلى رأى الامام لانها صارت من الغنائم بإيجاف الخيل وايضا الركاب كسائر الاموال فكان ما قلنا أولى انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية والعيني أقول كل من السؤال والجواب ليس بسديد أما الاول فلان كون مارواه عاما خص منه الخطب والحشيش انما يقتضي كون العمل بماروياه أولى لكونه محالما يخص أن لو خص الخطب والحشيش بمارواه بكلام موصول به اذ يصير العام الذي خص منه البعض حينئذ ظنيا كما عرف في علم الاصول وأما اذا خص الخطب والحشيش من ذلك بما هو موصول عنه فلا يلزم أولوية العمل بماروياه اذ يصير العام حينئذ منسوخا في القدر الذي تناوله الخاص ويصير قطعيا في الباقي كسائر القطعيات كما تقرر في علم الاصول أيضا ولا شك أن تخصيص الخطب والحشيش بمارواه ليس بكلام موصول به بل انما هو دليل آخر مفصول عنه وأما الثاني فلان كون الارض مطلقا مما يحتاج فيه إلى رأى الامام أول المسئلة لم يقل به الامامان في الارض الموات فبناء الجواب عليه يؤدي إلى المصادرة فان قيل انما يؤدي إلى المصادرة لو لم يستدل عليه بقوله لانها صارت من الغنائم الخ قلنا كونهم من الغنائم دليل آخر عقلي لا يحنيفة مذكور في الكتاب بعده والكلام الآن في تشبيه الدليل النقلى بالمصير إلى ذلك الدليل العقلي هنا يلزم خبط الدليل ولا يخفى ما فيه (قوله يجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز) أقول في هذا التعليل شيء وهو أنه سيجي في الكتاب أن المسلم والذي مستويان في حكم احياء الارض الموات والتعليل المذكور انما يتمشى في حق المسلم دون الذي فتأمل (قوله والاصح أن الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التملك وملكه لا يزول بالترك) قال في العناية ولقائل أن يقول الاستدلال بهذا الحديث على

(١٨ - تنكلا ثامن) مباح فان له الانتفاع به فاذا قام عنه وأعرض بطل حقه وعامتهم إلى الثاني استدلالا بالحديث فانه أضاف بلام التملك في قوله فهي له وملكه لا يزول بالترك ولقائل أن يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبنا صحيح

وأما على مذهب أبي حنيفة رحمه الله ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب أنه وان كان اذنا لكنه اذا أذن له الامام كان شرعا ألا ترى أن من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله وقوله (لتعينها بطرقه) لانه حين سكت عن الاول والثاني والثالث صار الباقي طريقا له فاذا أحياءه الرابع فقد أحيا طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق قال (وذلك الذي بالاحياء) المسلم (١٣٨) والذي في تلك ما أحياءه سواء لاسيما في السبب والاستواء

في السبب بوجوب الاستواء في الحكم كما في سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء فان الكافر يملك مال المسلم بالاستيلاء على أصلنا كالمسلمين (قوله ومن حجر أرضا) يجوز أن يكون من الحجر بفتح الجيم وسكونه ومعنى الاول أعلم بوضع الحجر نحوه لانهم كانوا يفعلون ذلك ومعنى الثاني أعلم بحجر الغير عن احيائها فكان التججير هو الاعلام فاذا حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الامام ودفعها الى غيره والاصل في ذلك أن المشايخ رحمه الله اختلفوا في كونه مفيدا للملك فذهب من قال يفيد ملكا مؤقتا الى ثلاث سنين وقيل لا يفيد وهو مختار المصنف رحمه الله أشار اليه بقوله (هو الصحيح) قيل ونمرة الخلاف تظهر فيما اذا جاء انسان آخر قبل منى ثلاث سنين وأحياء فانه ملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ما روى عن

لتعينها بطرقه وفصل الرابع ابطال حقه قال (وذلك الذي بالاحياء كما يملكه المسلم) لان الاحياء سبب الملك الا أن عند أبي حنيفة رحمه الله اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كافي سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء على أصلنا قال (ومن حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الامام ودفعها الى غيره) لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج فاذا لم تحصل يدفع الى غيره تحصيله للقصد ولان التججير ليس باحياء لملكه لان الاحياء انما هو العمارة والتججير الاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله أو يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقى غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس للتججير

مذهبهما صحيح وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب أنه وان كان اذنا لكنه اذا أذن له الامام كان شرعا ألا ترى أن من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه بحث فيبين ما فرق لوجود دلالة التملك في لفظ الامام هنا بخلاف الاذن في الاحياء فانه لا يلزم أن يكون بلفظ التملك انتهى أقول الفرق الذي ذكره ليس بتسام لان لام التملك مذكورة في كل من الحديثين الواردين في المقامين فاذا كان كل منهما محمولا على الاذن فجعل وجود لفظ التملك شرطا في اذن الامام في أحد المقامين دون الآخر تحكيم بحكم بسمع ذلك من أئمة الشرع (قوله ومن حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الامام ودفعها الى غيره) والاصل في ذلك أن المشايخ اختلفوا في كون التججير مفيدا للملك فذهب من قال يفيد ملكا مؤقتا الى ثلاث سنين ومنهم من قال لا يفيد وهو مختار المصنف أشار اليه بقوله هو الصحيح قيل ونمرة الخلاف تظهر فيما اذا جاء انسان آخر قبل منى ثلاث سنين وأحياء فانه ملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ما روى عن عمر رضي الله عنه ليس للتججير حق بعد ثلاث سنين في الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكر في الكتاب والجواب عن استدلالهم أن ذلك مفهوم وهو ليس بحجة كذا في العناية وأورد عليه بعض الفضلاء وأجاب حيث قال وانت خير بأن المصنف استدلال على ترك ثلاث سنين بهذا الطريق وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالاجماع انتهى أقول جوابه ليس بسديد اذ لو لم يكن ثبوت الحق في ثلاث سنين بالحديث بل بالاجماع لما قال المصنف وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس للتججير بعد ثلاث سنين حق فان حاصله الاستدلال بمفهوم الحديث المذكور على ثبوت حق التججير قبل ثلاث سنين اذ هو المقضي اشتراط ترك ثلاث سنين ومدار ما أورده على أن استدلال المصنف بمفهوم ذلك الحديث ليس بتمام لعدم كون المفهوم حجة عندنا فلا يدفعه الجواب المزبور (قوله لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج فاذا لم تحصل يدفعه الى غيره تحصيله للقصد) أقول لقائل أن يقول لو تم هذا التعليل لاقتضى أن يأخذها

بعد

عمر رضي الله عنه ليس للتججير

(قوله وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا) أقول لم يحمل عليه بل قال يحتمل أن يكون اذنا لكن الاحتمال كاف في إيراد السؤال (قوله لكنه اذا أذن له الامام كان شرعا ألا ترى أن من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله) أقول فيه بحث فيبين ما فرق لوجود دلالة التملك في لفظ الامام هنا بخلاف الاذن في الاحياء فانه لا يلزم أن يكون بلفظ التملك

حق بعد ثلاث سنين نقي الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين والمطابق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب والجواب عن استدلالهم (١٣٩) ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة

وقوله (من غير أن يتم المسناة) هو ما ينبت للسيل ليرد الماء وقوله (وفي الأخير) يريد حفر البئر (ورد الخبر) وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حفر بئرا مقدار ذراع فهو متحجر وقوله (لتحقق حاجتهم اليها حقيقة) يعني عند محمد رحمه الله (أودلالة) عند أبي يوسف رحمه الله وقوله (على ما بيننا) إشارة الى قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة الخ وقوله (لا يجوز أن يقطع الامام) يقال أقطع السلطان رجلا أرضا أي أعطاه إياها وخصه بها وقوله (لماذا كرنا) إشارة الى قوله لتحقيق حاجتهم اليها العطن مناخ الأبل ومبركها قوله (قيل الأربعة من كل الجوانب) يعني يكون في كل جانب عشرة أذرع لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لما شئت فانه بظاهرة يجمع الجوانب الأربعة والصحيح أنه من كل جانب لان المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر الأولى كي لا

بعد ثلاث سنين حق ولانه اذا علمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه و زمان بهي أمور فيه ثم زمان يرجع فيه الى ما يحجره فقد رناه ثلاث سنين لان ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضاءها فالتظاهر أنه تركها قالوا له - ذاك ما ديانة فأما اذا أحياءها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها التحقق الأحياء منه دون الأول وصار كالاستيلاء فانه يكره ولو فعل بجوزا العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بأن غرز حولها أغصانا يابسة أو نقي الأرض وأحرق ما فيها من الشوك أو خضد ما فيها من الحشيش أو الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير أن يتم المسناة لينع الناس من الدخول أو حفر من بئر ذراعا أو ذراعين وفي الأخير ورد الخبر ولو كرهها وسقاها فعن محمد أنه أحياء ولو فعل أحد هما يكون تحجيرا ولو حفر أحدهما ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الآخر كان أحياء لوجود الفلين ولو حوطها أو سمنها بحيث يعصم الماء يكون أحياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال (ولا يجوز أحياء ما قرب من العامر ويترك مرغى لأهل القرية ومطر حاصدا لهم) لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أودلالة على ما بيناه فلا يكون موانا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز للامام أن يقطع ما لا غنى بالمسلمين عنه كالمخ والأبار التي يستقي الناس منها الماء كرنا قال (ومن حفر بئرا في بركة فله حريمها) ومعناه اذا حفر في أرض موات باذن الامام عنده أو بآذنه وبغير آذنه عندهما لان حفر البئر أحياء قال (فان كانت للعطن فحريمها أربعون ذراعا) لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لما شئت ثم قيل الأربعة من كل الجوانب والصحيح أنه من كل جانب

الامام ويدفعها الى الغير بعد الأحياء أيضا اذا لم يرزعه ثلاث سنين تحصيل المنفعة المسلمين من حيث العشر أو الخراج وتخليص مالها عن التعطيل فان قلت يملكها الإنسان بالأحياء ولا يملكها بمجرد التحجير بل يصير أحق بالنصرف فيها من الغير والامام لا يقدر أن يدفع مملوكا أحدا الى غيره لانتفاع المسلمين ويقدر أن يدفع غير مملوكا البذل ذلك قلت فحينئذ يلزم المصير الى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولان التحجير ليس بأحياء لملكه فلا يكون التعليل الأول مفيدا للمدعى بدون الثاني مع أن أسلوب تحريره يأبى ذلك كما ترى (قوله لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أودلالة على ما بيناه) قال عامة الشراح في حل هذا التعليل لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أي عند محمد رحمه الله أودلالة أي عند أبي يوسف رحمه الله وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ذلك أراد بقوله على ما بيناه قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة الخ واقتضى أثره صاحب العناية والشارح العيني أقول لم يصب هؤلاء الثلاثة من الشراح في حلهم مراد المصنف بقوله على ما بيناه على ما ذكرنا واذا اظهر أن مراد المصنف بقوله المزبور مجموع ما ذكره فيما مر بقوله والبعد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف لان الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فبدا الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية انتهى اذ يصير قوله على ما بيناه حينئذ ناظرا الى مجموع قوله لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أودلالة فيحسن وأما على ما ذكره هؤلاء الشراح فيصير قوله المزبور ناظرا الى قوله لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة فقط ولا يخفى ما فيه من الركاكة أما أولا فلانه كان ينبغي اذذاك أن يقدم قوله على ما بيناه على قوله أودلالة كما لا يشبهه على ذي فطرة سليمة وأما ثانيا فلانه يلزم حينئذ أن يقصر حواله البيان على صورة حقيقة الحاجة اليها مع مرور بيان صورة دلالة الحاجة اليها أيضا وذلك مما لا ضرورة فيه بل لا وجه له

بحفر بحريمه أحد بئرا أخرى فيتحول اليها ماء بئرته وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب بيقين

(قوله والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة) أقول وأنت خبير بأن المصنف استدلى على الترتيب ثلاث سنين بهما الطريق وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالإجماع

ولا نه قد يستقي من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه أن يدير البعير حول البئر فلا يحتاج فيه إلى زيادة مسافة قال (وان كانت عيننا خمر يما خمسمائة ذراع) لما روينا ولان الحاجة فيه إلى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه إلى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هي المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر عما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها وفي أراضيها رخاوة فيزاد كي لا يتحول الماء إلى الثاني فيتعطل الاول قال (فن أراد أن يحفر في حريمها يمنع منه) كي لا يؤدي إلى نفوت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحر يمس ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره أن يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بئرا في حريم الاولى للاول أن يصلحه ويكبسه تبرعا ولو أراد أخذ الثاني فيه قيل له أن يأخذ بكبسه لان ازالة جنابة حفره به كما في الكفاية يلقبها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في أدب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطف في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعدان كان باذن الامام فظاهر وكذا ان كان بغير اذنه عندهما والعذر لا يوجب حنيفة أنه يجعل في الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه

في هذا القدر وفيما وراء الاربعين تعارضان العام بينهما والخاص بينهما فتساقطا فعملنا بالقياس كذا في شرح تاج الشريعة وغيره أقول فيه بحث لان المتعارضين من الدليلين انما يتساقطان اذا لم يكن لاحدهما رجحان على الآخر وأما اذا كان لاحدهما رجحان على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والامر فيما نحن فيه كذلك لان العام انما ينفي ما وراء الاربعين بطريق المفهوم وهو غير معتبر عندنا وان سلم انه ينفي ذلك بمنطوقه فانما ينفي بطريق الاشارة والخاص ينفي بطريق العبارة وقد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارته عند التعارض فلزم أن لا يسقط الخاص بل وجب أن يعمل به وترك القياس لظهور أن يترك القياس في مقابلة النص قال تاج الشريعة فان قلت كيف يتعارضان وقد ذكر القبول في أحدهما والاختلاف في الآخر قلت يعني به صورة المعارضة كما يقال اذا تعارض المشهور مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم انتهى واقتضى أثره صاحب الكفاية والشارح العيني أقول الجواب ليس بصحيح اذ لو كان المراد بتعارضهما ههنا صورة التعارض التي لا تنافي رجحان أحدهما على الآخر لما تم قول المصنف وفيما تعارض فيه حفظناه ولما صح قولهم في شرح ذلك وفيما وراء الاربعين تعارض فتساقطا فعملنا بالقياس اذ التساقط والعمل بالقياس انما يتصور في حقيقة التعارض بان يتساويا في القوة ولم يوجد المخلص وأما في صورة التعارض مع رجحان أحدهما على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والقياس وقد عرف ذلك كله في أصول الفقه ثم أقول الظاهر في الجواب أن يقال مدار هذا الدليل على التنزل عما ذكر في الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله أولى من الخاص المختلف في قبوله يعني لو سلم عدم رجحان أحدهما على الآخر وتساقطهما فيما تعارض فيه وهو ما وراء الاربعين حفظنا القياس فيه وهو يكفي فيما نحن فيه تأمل ترشد (قوله ولانه قد يستقي من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما) أقول هذا التعليل ضعيف جدا لانهم صرحوا بان المراد من بئر العطن ما يستقي منه باليد ومن بئر الناضح ما يستقي منه بالبعير فكيف يتم أن يقال قد يستقي من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد ولئن سلم ذلك فهو على الندرة فكيف يتم أن يقال فاستوت الحاجة فيهما (قوله وقيل ان التقدير في البئر والعين عما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها وفي أراضيها رخاوة فيزاد كي لا يتحول الماء إلى الثاني فيتعطل الاول) أقول فيه اشكال اذ المقادير مما

(قوله اشارة الى ما ذكره في كتاب الطهارة) أقول في باب الماء الذي يجوز به الوضوء وفيه رد على العلامة الكاكي حيث قال في شرح قوله وقد بينا أن الوجه في أن الخمسمائة تعتبر من كل جانب ولكن لم يذكر بيان الذراع انتهى فتأمل

وقوله (به ورد الحديث) يريد به ما روى أن رجلا غرس شجرة في أرض فلاة فجاء آخر فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجانب شجرته فشكى صاحب الشجرة الأولى إلى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يجعل له النبي عليه الصلاة والسلام من الحرم خمسة أذرع وأطلق للأخر فيما وراء ذلك وهو حديث مشهور ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه (قوله ومن كان له نهر في أرض غيره) ذكر في شرح الطحاوي لو أن نهرًا لرجل وأرض على شاطئ النهر لا آخر فتنازع في المسئنة فإن كان بين الأرض وبين النهر حائل كالحائط ونحوه فالمسئنة لصاحب الأرض بالأجماع وإن لم يكن بينهما حائل (١٤٣) قال أبو حنيفة رحمه الله صلى الله عليه وسلم لصاحب الأرض ولصاحب النهر فيها حق حتى أن

صاحب الأرض إذا أراد رفعها أي هدمها كان لصاحب النهر منعه من ذلك وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله المسئنة لصاحب النهر وذكر في كشف الغوامض أن الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج إلى كربة في كل حين أما الأنهار الصغار التي يحتاج إلى كربة في كل وقت فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكره في النهاية وظاهر كلام المصنف ينافية وقوله (فيكون له حريم اعتبارا بالبر) يعني بجامع الاحتياج فان استحقاق الحرم للحاجة وهي موجودة في النهر كهي في البر والعين فينعدي الحكم منهما إليه (وله أن القياس بإياه على ما ذكرناه) يعني قوله ولأن القياس بأبي استحقاق الحرم إلى آخره وفي البر عرفناه بالآثر فكان الحكم معدولا به عن القياس في الأصل فلا يصح تعديته وقوله (والحاجة إلى الحرم

وما عطف في الثانية ففيه الضمان لأنه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وإن حفر الثاني بئرًا وراء حريم الأولى فذهب ماء البئر الأولى فلا شيء عليه لأنه غير متعد في حفرها ولثاني الحرم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأول لسبق ملك الحافر الأول فيه (والقناة له حريم بقدر ما يصلحها) وعن محمد أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحرم وقيل هو عنددهما وعندده لا حريم لهما ما لم يظهر الماء على الأرض لأنه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الأرض هو بمنزلة عين قوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع (والشجرة تغرس في أرض موات إياها حريم أيضا حتى لم يكن لغيره أن يغرس شجرة في حريمها) لأنه يحتاج إلى حريم له يجتنب فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة أذرع من كل جانب به ورد الحديث قال (وماترك الفرات أو الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده إليه لم يجز أحياؤه) الحاجة العامة إلى كونه نهرًا (وان كان لا يجوز أن يعود إليه فهو كالموات إذا لم يكن حريمًا عامرًا) لأنه ليس في ملك أحد لأن فهر الماء يدفع فهر غيره وهو اليوم في يد الإمام قال (ومن كان له نهر في أرض غيره فليس له حريم عند أبي حنيفة إلا أن يقيم بينة على ذلك وقال له مسئنة النهر يمشى عليها ويبقى عليها طينته) قيل هذه المسئلة بناء على أن من حفر نهرًا في أرض موات باذن الإمام لا يستحق الحرم عنده وعندده ما يستحقه لأن النهر لا ينتفع به إلا بالحريم لحاجته إلى المشي لتسهيل الماء ولا يمكنه المشي عادة في بطن النهر وإلى القاء الطين ولا يمكنه النقل إلى مكان بعيد لا يخرج فيكون له الحرم اعتبارًا بالبئر وله أن القياس بإياه على ما ذكرناه وفي البر عرفناه بالآثر والحاجة إلى الحرم فيه فوقها إليه في النهر لأن الانتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحرم ولا يمكن في البئر إلا بالاستقاء والاستقاء لا بالحريم فتعذر إلحاق ووجه البناء أن باستحقاق الحرم ثبت اليد عليه اعتبارًا بالنهر والقول لصاحب اليد بعدم استحقاقه تنعديم اليد والظاهر يشهد لصاحب الأرض على ما ذكرناه أن شاء الله تعالى وإن كانت مسئلة مبتدأة فله ما أن الحرم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء وله هذا لعلك صاحب الأرض نقضه

لا مدخل فيه للرأي أصلاً وانما مدارها النص من الشارع كما صرحوا به واتفقوا عليه والذي ثبت بالنص فيما نحن فيه ما ذكره فيما قبل لا غير قصير الزيادة عليه عملاً بالرأي فيما هو من المقادير وهو لا يجوز فليتأمل في الدفع (قوله وما عطف في الثانية ففيه الضمان لأنه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره) أقول في التعليل قصور لأنه لا يتمشى فيما إذا حفر الأول بغير إذن الإمام على أصل أبي حنيفة فله يجعل الحفر هناك تحجيرًا كما مر آنفاً ويجوز التحجير لا نصير البئر الأولى ولا حريمها ملكاً للبحر فلا يصدق هناك على أصله أن يقال إن الثاني حفر في ملك غيره فالأولى في التعليل أن يقال لأنه متعد فيه حيث حفر في حق غيره إذ لا شك أن الحق يثبت بالتحجير كما يثبت بالأحياء ولهذا لا يقدر الإمام أن يأخذها من

فيه) أي في البئر جواب عما يقال هب أنه على خلاف القياس فليحقق به بالدلالة ووجهه أن إلحاق بالدلالة (وله أنما يكون للأعلى بالآثر أو المساوي والامر فيما نحن فيه ليس كذلك فإن الحاجة إلى الحرم فيه أي في البر بمعنى القلب فوق الحاجة إليه في النهر لأن الانتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحرم ولا يمكن في البئر إلا بالاستقاء والاستقاء لا بالحريم فتعذر إلحاق وقوله (ووجه البناء إلى قوله والقول لصاحب اليد) من جهتهما وقوله (ولعدم استحقاقه إلى آخره) من جهة أبي حنيفة رحمه الله (قال المصنف والقناة له حريم بقدر ما يصلحها) أقول وفي غاية البيان تفصيل حسن في هذا المقام فراجع (قال المصنف لأن الانتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحرم) أقول لأنه يلحقه بعض الخرج في نقل الطين والشيء في وسطه

وقوله (أما صورة فلاستوائهما) يشير إلى أن الخلاف فيما إذا لم تكن المسناة مرتفعة عن الأرض فاما إذا كانت المسناة أرفع من الأرض فهي لصاحب النهر لأن الظاهر أن ارتفاعه لا لقاء طينه وقوله (يقضى للذي في يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه) هو الموعد بقوله على ما ذكره وقوله (والقضاء

(١٤٣)

في موضع الخلاف) أي في مسألة من كان له نهر في أرض غيره قضاء ترك لأقضاء ملك فلو أقام صاحب النهر البينة بعد هذا على أن المسناة ملكه تقبل بينته ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته لأن المقضى عليه في حادثة قضاء ملك لا يصير مقضيا له فيها وقوله (ولا نزاع فيما به استمسك الماء) جواب عن قوله ما ان الحريم في يد صاحب النهر بالمسالك الماء وهو واضح وقوله (والمنازع من نقضه) جواب عن قوله ما أوله هذا لا يملك صاحب الأرض نقضه وذكر رواية الجامع الصغير لأنه يتبين بها موضع الخلاف وقوله (ليس لأحدهما عليه) أي على المسناة بتأويل الحريم

(قوله يشير إلى أن الخلاف الخ) أقول لا يخفى عليك ما في الإشارة من الخفاء ولك أن تقول المراد بالاستواء هو الاستواء صورة بأن لا يرتفع

وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى أما صورة فلاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو أشبه به كائين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما يقضى للذي في يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمسك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على أنه ان كان مستمسك به ما منه روه فلا خردافع به الماء عن أرضه والمنازع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لملكه كالحائط لرجل ولا نزع عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه (وفي الجامع الصغير نهر لرجل إلى جنبه مساة ولا آخر خلاف المسناة أرض تتركها وليست المسناة في يد أحدهما فهي لصاحب الأرض عند أبي حنيفة وقاله لصاحب النهر حر بما للمقي طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد أحدهما معناه ليس لأحدهما عليه غرس ولا طين مقي فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف أما إذا كان لأحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل أولى لأنه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدري من غرسه فهو من مواضع الخلاف أيضا وغرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده وعندهما لصاحب النهر وأما لقاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك مالم يفحش وأما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه أبو جعفر آخذ بقوله في الغرس وبقولهما في لقاء الطين ثم عن أبي يوسف أن حريمه مقدار نصف النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا أرفق بالناس

يد الحجر ويدفعها إلى غيره إلا إذا جبر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين كما مر فيتمنى التعليل بهذا الوجه في الصورة المذكورة أيضا على أصل أئمتنا الثلاثة جميعا (قوله وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى أما صورة فلاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة) قال صاحب العناية وقوله لاستوائهما يشير إلى أن الخلاف فيما إذا لم تكن المسناة مرتفعة عن الأرض فاما إذا كانت المسناة أرفع من الأرض فهي لصاحب النهر لأن الظاهر أن ارتفاعه لا لقاء طينه انتهى وتبعه العيني أقول ليس هذا بشرح سديد لأن الإشارة إلى ما ذكره انما بتصور أن لو كان المراد باستوائهما في قوله صورة لاستوائهما استواءهما في الارتفاع والانخفاض أي الاستواء المكاني ولا يذهب على ذي سكة أن المراد بذلك انما هو الاستواء في الحقيقة الأرضية كيف لا والاستواء بالمعنى الأول قد يتحقق بين النهر والحريم أيضا كما لا يخفى عليك فلو كان المراد ذلك لاختل التعليل المذكور تبصر (قوله وغرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده وعندهما لصاحب النهر) قال بعض الفضلاء فيه بحث اذ لا يظهر كون ما ذكره غرة لما تقدمه بل لا يبعد أن يدعى العكس انتهى أقول لا وجه لكلامه هذا أصلا فإنه لم يمكن لصاحب النهر حريم عنده بل كان طرفا النهر لصاحب الأرض وكان لصاحب النهر حريم عندهما ظهر منه أن ولاية الغرس في مقدار ذلك الحريم لصاحب الأرض عنده ولصاحب النهر عندهما اذ لا شك أن ولاية الغرس في موضع ان يستحق ذلك الموضع وهذا مما لا ستره به فكيف خفي على مثل ذلك القائل

الحريم من الأرض لا الاستواء في الأرضية (قوله هو الموعد بقوله على ما ذكره) أقول فيه بحث بل الموعد بقوله وله أنه أشبه بالأرض (قال المصنف وغرة الاختلاف الخ) أقول فيه بحث اذ لا يظهر كون ما ذكره غرة لما تقدمه بل لا يبعد أن يدعى العكس

﴿ فصول في مسائل الشرب ﴾

﴿ فصل في المياه ﴾ لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدّم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء والشفة أصلها شفهة أسقطت الهاء تخفيفاً والمراد بها ههنا الشرب بالشفاء ويحسون نهر بخوارزم وسيحسون نهر التلذود جله تهر وأنت ثلاث في قوله عليه

(١٤٤)

﴿ فصول في مسائل الشرب ﴾

﴿ فصل في المياه ﴾ وإذا كان لرجل ثم رأو بئراً وقناة فليس له أن يمنع شياً من الشفة والشفة الشرب ابني آدم والبهائم اعلم أن المياه أنواع منها ماء الجار ولكل واحد من الناس فيه الحق الشفة وسقي الاراضي حتى ان من أراد أن يكرى نهر امته الى أرضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقهـروالهواء فلا يمنع من الانتفاع به على أي وجه شاء والثاني ماء الودية العظام كيجحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي فان احياء واحد أرضاً منتهية وكري منه نهر البقية ان كان لا يضر بالعامّة ولا يكون النهر في ملك أحد له ذلك لانها مباحة في الاصل اذ فهمـرالماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامّة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك في أن يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحي عليه لان شق النهر للرعي كشفه للسقي به والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص منه الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها موضع الاحراز ولا يملك المباح بدونه كالطبي اذا تنكس في أرضه ولان في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استحباب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه نفسه وظهره فلو منع عنه أفضى الى حرج عظيم وان أراد رجل أن يسقي بذلك أرضاً احياءها كان لاهل النهر أن يمنعوه عنه أضربهم أو لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولا نالوا بجمنا ذلك لانقطع منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وانه صار مملوكاً له بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظراً الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصاً بالم تقطع يده

﴿ فصول في مسائل الشرب ﴾

﴿ فصل في المياه ﴾ لما فرغ من ذكر احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدّم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء كذا في الشروح أقول يرد على ظاهره أن يقال اذا كان الشرب مما يحتاج اليه احياء الموات كان الاثنى تقديم مسائل الشرب على مسائل احياء الموات على عكس ما في الكتاب والجواب أن احياء الموات لاصالته وكثرة فروعها كما يدل عليه ترجمة الكتاب به في العنوان يستحق التقديم لامحالة وانما قصود السراح ههنا بيان مجرد وجه تذييله بمسائل الشرب لتحقيق المناسبة والتعلق بينهما من جهة احتياج أحدهما على الآخر دون بيان الترتيب بينهما فيتم المطلوب بما ذكره (قوله الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظراً الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصاً بالم تقطع يده) واعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعاً يورث الشبهة

عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث لان الفصح في الكلام اذا لم يذكر المعداد أن يذكّر على لفظ المؤنث نظراً الى لفظ الاعداد ومثله قوله عليه الصلاة والسلام من صام رمضان وأتبعه بست من شوال الحديث والصوم انما يتحقق في الايام لافي الليالي ولكن لما لم يذكر المعداد وهو الايام أنشأ وقوله عليه الصلاة والسلام شركاء يريد به الاباحة في الماء الذي لم يحرز فنحو الحياض والعيون والابار والانهار وأما الكلا وهو ما لا ساق له فاما أن ينبت في أرض شخص أو أنبت فيه بكرى الارض وسقيها فان كان الاول كان مباحاً للناس الا أن أحد الا يدخل ملكه الا بانه فان لم يجد في غير ذلك الموضع فاما أن يخرج له صاحب الارض أو ياذن له بالدخول وان كان الثاني فهو أحق به وليس لأحد أن ينتفع بشئ منه الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب لاكتسب وأما النار فيمكن أوقد ناراً في أرض فليس لاحد فيها حق فلهم أن ينتفعوا بنارها من حيث الاصطلاح بها وتخفيف الثياب وأن يعمل بضوئها وأما اذا أراد أن يأخذ الجرف فليس له ذلك الا برضاه لان ذلك فحم أو حطب قد أحرز الموقد ليس مما ثبت فيه الشركة وكلامه واضح وقوله (الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظراً الى الدليل) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث وقوله (حتى لو سرقه انسان لم يقطع) اعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعاً يورث الشبهة بهذا الطريق

ولو

وأما النار فيمكن أوقد ناراً

في أرض فليس لاحد فيها حق فلهم أن ينتفعوا بنارها من حيث الاصطلاح بها وتخفيف الثياب وأن يعمل بضوئها وأما اذا أراد أن يأخذ الجرف فليس له ذلك الا برضاه لان ذلك فحم أو حطب قد أحرز الموقد ليس مما ثبت فيه الشركة وكلامه واضح وقوله (الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظراً الى الدليل) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث وقوله (حتى لو سرقه انسان لم يقطع) اعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعاً يورث الشبهة بهذا الطريق

بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذي خلق لكم فان العمل به على الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزاني والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على أن المراد به غير ما دل عليه الخصوصيات وقوله وقيل له أن يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر ذكر في المسووط وأكثروا على أنه أن يمنع في مثل هذه الصور لان الشفة مالا يضر بصاحب النهر والبيوت فأما ما يضر ويقطع فله أن يمنع ذلك وقوله ولهم أن يأخذوا منه أي من الجدول الصغير علم من وضع المسئلة فيه وقوله في الصحيح اشارة الى اختلاف المشايخ رحمهم الله فان منهم من قال لا يأخذون الماء منه للوضوء وغسل الثياب لان الشربة تثبت في حق الشفة لا غير والصحيح جوازه دفعا للخرج وقوله له ذلك في الاصح احتراز عن قول بعض المتأخرين من أئمة بلخ اذ قالوا ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر علم لا بظاهر الحديث وقوله (لان الماء متى

ولو كان البئر والعين أو الحوض أو النهر في ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجر ماء آخر يقرب من هذا الماء في غير ملك أحد وان كان لا يجزى يقال لصاحب النهر اما أن تعطيه الشفة أو تتركه يأخذ بنفسه بشرط أن لا يكسر صفته وهذا مروى عن الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتقر في أرض مملوكة له أما اذا احتقرها في أرض موات فليس له أن يمنع لان الموات كان مشتركا والحفر لأحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه أو ظهره العطش له أن يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة الخمصة وقيل في البئر ونحوها الاولى أن يقاتله بغير السلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان باقى على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا ترد في كل وقت فصارت كالماء وهو سبيل في قسمة الشربة وقيل له أن يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه ولهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الخرج وهو مدفوع وان أراد أن يسقي شجرا أو خضرا في داره جلا بجراره له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويهدون المنع من الدناءة وائس له أن يسقي أرضه ويخله وشجره من نهر هذا الرجل وبشره وقناته الا باذنه نصا وله أن يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطع شربة الشرب بواحدة لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والشفة تعلق به حقه فلا يمكنه التسبيل فيه ولا شق الشفة فان أذن له صاحبه في ذلك أو أعاره فلا بأس به لانه حقه فتجوز فيه الاباحة كالماء المحرز في انائه

بهذا الطريق وأجيب بان العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا ولا يلزم بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا فان العمل به على الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزاني والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على أن المراد غير ما دل عليه الخصوصيات كذا في العناية أقول في هذا الجواب نظرا لانه وان لم يلزم بالعمل بالحديث المذكور على الاطلاق ابطال دليل شرعي آخر فانه لم يكن وان الماء المحرز في الاواني يصير ملوكا بالاحراز وينقطع حق الغير عنه وهذا حكم شرعي لا بدله من دليل شرعي لا محالة فلو علمنا بالحديث المذكور على الاطلاق لزم ابطال ذلك الدليل الشرعي الدال على أن الماء المحرز في الاواني ملك خاص لمن أحرز له لا شركة فيه لغيره من الناس فدل على أن المراد بالحديث المذكور غير ما دل عليه خصوص الدليل الشرعي الدال على أن الماء المحرز في الاواني ملك مخصوص لمحرزه كما قيل في الآية المذكورة فينبغي أن لا يورث شبهة فيما لو سرق انسان ماء محرز في الاواني كما لا يورثها الآية المذكورة فالحق في الجواب عن ذلك الاعتراض ما ذكره تاج الشريعة حيث قال فان قلت فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع السارق نظرا الى قوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا قلت مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الاتحاد كما في قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وقوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم ولا يجوز لزائده على الأربع فكذلك معنى الآية والله أعلم لم خلق لكل واحد منكم ما وقع في يده لا كل الاشياء وفيما نحن فيه أثبت الحديث الشركة للناس عاما اه

دخول في المقاسم) أي متى دخل في قسمة رجل بعينه وقوله بواحدة أي

(١٩ - نكته ثامن)

بالكلية

فصل في كرى الانهار **لما فرغ عن ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كرى الانهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى امر ازائدا على النهر اذا نهر يوجد بدون مؤنة الكرى كالنهر العام اخذ كره ووجهه الحصر في السلاطة ناطه لان النهر اما ان يكون عاما من كل وجه او خاصا كذلك (١٤٦) او عاما من وجه خاص من وجهه اما الاول فكالقنات وسيحون**

ويحون ودجلة واما الاخران فقد فصل المصنف رحمه الله بينهما باستحقاق الشفة وقد تقدم ذلك فيها وقوله (الا أنه يخرج له) أي الكرى من كان يطبقه أي الذي يقدر على العمل (ويجعل مؤنته) أي مؤنة من يطبقه على المياهير الذين لا يطبقونه بأنفسهم كما يفعل ذلك في تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطبق القتال ويجعل مؤنته على الاغنياء وقوله (وبقائه عوض) يعني حصه من الشرب فلا يعارض به أي فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص بل يغلب جانب الضرر العام فيجبر ضررا ويجب السعي في اعدامه وان بقي الضرر الخاص وقوله (خيفة الانبثاق) يقال بثق السيل موضع كذا أي خرقه وشقه وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخلوص ثم قيل يجبر الا في كافي الثاني وهو قول أبي بكر الاسكاف رحمه الله وقيل لا يجبر وهو قول أبي بكر بن أبي

فصل في كرى الانهار **قال رضى الله عنه الانهار ثلاثة نهر غير ملوثة لا حد ولم يدخل مأؤه في المقاسم بعد كالقنات ونحوه ونهر ملوثة دخل مأؤه في القسمة الا أنه عام ونهر ملوثة دخل مأؤه في القسمة وهو خاص والفصل بينهما استحقاق الشفة به وعدمه فالاول كره على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للثواب فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس على كره احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بأنفسهم وفي مثله قال عمر رضى الله عنه لو تركتم ابعثتم اولادكم الا أنه يخرج له من كان يطبقه ويجعل مؤنته على المياهير الذين لا يطبقونه بأنفسهم وأما الثاني فكرهه على أهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخلوص ومن أبي منهم يجبر على كرهه دفعا للضرر العام وهو ضرر ببقية الشركاء وضرر لا في خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو أرادوا أن يحصوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الا في والا فلا لانه موهوم بخلاف الكرى لانه معلوم وأما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكرهه على أهله لما بينا ثم قيل يجبر الا في كافي الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الا في عما أنفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجهتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا**

فصل في كرى الانهار **قال جماعة من الشراح لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كرى الانهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى امر ازائدا على النهر اذا نهر يوجد بدون مؤنة الكرى كالنهر العام اخذ كره وانتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان المصنف لم يفرغ من ذكر مسائل الشرب بل هو في أثناءه ذكر مسائلها بعد كيف وقد قال فيما قبل فصول في مسائل الشرب وهو الا أن شرع في الفصل الثاني من تلك الفصول وأما ثانيا فلان النهر العام أيضا لا يوجد بدون مؤنة الكرى بل له مؤنة من بيت مال المسلمين كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال فالاول كرهه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فيكون مؤنته عليهم لا يقال مرادهم أن النهر العام يوجد بدون مؤنة الكرى على أهله لأنه يوجد بدونها مطلقا بشرط قول المصنف فيما بعد وأما الثاني فكرهه على أهله لا على بيت المال فلا يضرهم وجوب مؤنة النهر العام على السلطان لانه لا يملك مؤنة النهر العام وان كانت على السلطان في الظاهر حيث كان صرفها من يده الا أنه في الحقيقة على أهلها أيضا وهم عامة المسلمين يرشد اليه قول المصنف لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم في تمليل قوله فالاول كرهه على السلطان من بيت مال المسلمين ولئن سلم أن مؤنة النهر العام على السلطان نفسه فلا يجدي نفعا أيضا لا يلزم حينئذ أن يوجد النهر بدون مؤنة الكرى مطلقا فلا يثبت كون مؤنة الكرى امر ازائدا على النهر فلا يتم وجهه التأخير الذي ذكره ههنا ثم أقول ما ذكره ههنا مع كونه غير تام في نفسه مستغنى عنه بالكلية بما ذكره من قبل عند قول المصنف فصول في مسائل الشرب فصل في المياه فانهم قالوا هناك لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقد تم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود**

سعيد البخاري رحمه الله وقوله (فاستوت الجهتان) يعني في الخصوص بخلاف ما تقدم وهو الاجبار في النهر الثاني فان من مؤنة أي من أهله يجبر عليه هناك لان احدي الجهتين عام والاخرى خاص فيجبر الا في دفعا للضرر العام عن غيره وقوله (ولا جبر لحق الشفة) جواب عما يقال ان في كرى النهر الخاص احياء حق الشفة العامة فيكون في الترتيب ضرر عام فينبغي أن يجبر الا في على الكرى دفعا للضرر عن أهل الشفة وهو قول بعض المتأخرين من مشايخنا رحمه الله وفي ظاهر الرواية لا يجبر الا في لحق أهل الشفة كما لو امتنع جميع

أهل النهر عن كربة فانهم لا يجبرون على الكرى لحق أهل الشفة وقوله (ومؤنة كرى) (١٤٧) (النهر المشترك) ظاهر وقوله (فلا يلزمه

انقاع غيره) قال في النهاية الصواب نفع غيره لان الانقاع في معنى النفع غير مسموع وقوله (لانهم لا يحصون) يعني فكانوا مجهولين

فصل في دعوى الشرب والاختلاف والتصرف فيه

لما قرب من فراغ بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب (يجوز دعوى الشرب بلا أرض استحسانا) قال في المبسوط ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله (ترك على حاله) معناه لم يكن له ذلك

فصل في كرى الانهار * قال المصنف فلا يلزم انقاع غيره) أقول الصواب نفع غيره لان الانقاع في معنى النفع غير مسموع

فصل في دعوى الشرب * قال المصنف لانه قد علمك بدون الارض ارثا) أقول قد علمك بالارث ما لا علمك بالبيع كالفصاص والخمر (قال المصنف واذا كان النهر لرجل الخ) أقول أى مأوذه كالحل وأريد الحال (قال المصنف لانه مستعمل

له باجر امائه) أقول الضمير في قوله له عائد الى النهر مراد به المعنى الحقيقي على طريقة الاستخدام

ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه فاذا جاوز أرض رجب لرفع عنه وهذا عند أبي حنيفة رجه الله وقالاهي عليهم جميعا من أوله الى آخره بحصص الشرب والارضين لار لصاحب الاعلى حق في الاسفل لاحتياجه الى تسهيل ما فضل من الماء فيه وله أن ينقص من الكرى الانقاع بالا في وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انقاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانهم يكتسبه دفع الماء عن أرضه بسده من أعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز أرضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد رجه الله والاول أصح لانه رأيا في اتخاذ الفوعة من أعلاه وأسفله فاذا جاوز الكرى أرضه حتى سقطت عنه مؤنته قبل له أن يفتح الماء ليسقى أرضه لانتفاء الكرى في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ ثمر كآؤه نفع بالاختصاصه وليس على أهل الشفة من الكرى شيء لانهم لا يحصون ولا ينهم اتباع

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه قال (وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا) لانه قد علمك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى (واذا كان نهر لرجل يجرى في أرض غيره فاراد صاحب الارض أن لا يجرى النهر في أرضه ترك على حاله) لانه مستعمل له باجر امائه فعند الاختلاف يكون القول

هو الماء انتهى فتأمل (قوله وله أن ينقص من الكرى الانقاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انقاع غيره) قال صاحب النهاية والصواب نفع غيره لان الانقاع في معنى النفع غير مسموع كذا وجدت بخط الامام تاج الدين الزفوجي الى هنا كلامه واقتنى أثره جماعة من الشراح ولم يزيدوا على ذلك شيئا وقال صاحب الغاية استعمل الانقاع في معنى النفع وهو عند الضرر ولم يسمع ذلك في قوانين اللغة وجاء أرجعته في لغة هذيل بمعنى رجعته ويجوز على قياسه أنفعته بمعنى نفعته ولكن اللغة لا تصح بالقياس ويجوز أن يكون ذلك سهوا من الكاتب بان يكون في الاصل انقاع غيره من باب الافتعال انتهى كلامه وقال الشارح العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح على الترتيب المذكور قلت لا يلزم أن تكون الهمزة هنا لتعدى لكون النفع متعديا بدون الهمزة بل يجوز أن تكون لتعريض من باب أبعته فان باع متعد ولما قصد دوامه التعريض أدخلوا الهمزة عليه على قصد أن يكون المفعول معرضا للاصل الفعل فان معنى أبعته عرضته للبيع وجعلته منتسبا اليه وكذلك ههنا يكون المعنى فلا يلزمه أن يجعل غيره معرضا للنفع ولا منتسبا اليه انتهى أقول ليس هذا بشي اذا ما له أيضا اثبات اللغة بالقياس وهو غير صحيح على ما صرحوا به ولو صح ذلك لكان قياس ما في الكتاب على أرجعه بمعنى رجهه أولى وأحسن من قياسه على أباعه بمعنى عرضه للبيع كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه لما قرب الفراغ عن بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب (قوله وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا) لانه قد علمك بدون الارض ارثا وقد تباع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه دعوى البيع قال في المبسوط ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب كذا في العناية وغيرها أقول فيه اشكال لان ما ذكره في الكتاب لا يدفع ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط اذ لا شك أن المشروط ينتقى بانتفاء الشرط فاذا انتفى الاعلام الذي هو شرط صحة الدعوى في دعوى الشرب لجهالة جهالة لا تقبل الاعلام انتفى صحة دعوى الشرب قطعاً فلا يتصور صحة دعواه عما ذكره في الكتاب من كونه مملوكا بدون الارض ارثا وباقيا بعد بيع الارض ومرغوبا فيه والاي لم أن يتحقق المشروط بدون أن يتحقق الشرط فكيف يصلح ما ذكره في الكتاب أن يكون وجه الاستحسان

له باجر امائه) أقول الضمير في قوله له عائد الى النهر مراد به المعنى الحقيقي على طريقة الاستخدام

قوله (فان لم يكن في يده) يعني بان لم يكن (١٤٨) مستعملا باجرائه ماء فيه أولم تكن أشجاره في طرفي النهر فعليه أي فعلى المدعى

البينة أن هذا النهر له ان كان يدعى رقبة النهر وأنه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه الى أرضه ليستقيم ان كان يدعى الاجراء في هذا النهر فاذا أقامها بقضى له لاثباته بالحجة ملكا له يعني في الاول أو حقا مستحقا فيه يعني في الثاني فان الثابت بالبينة العادلة كالناتج معانسة وقوله (فحكم الاختلاف فيها) أي اختلاف المدعين في الامور المذكورة (تظيره) أي نظيرا لاختلاف في الشرب وقوله (لان المقصود الانتفاع بسقيهم افيتم قدر بقدره) معارض لانهم قالوا قد استمروا في اثبات البد على الماء الذي في النهر والمساواة في البد توجب المساواة في الاستحقاق وأجيب بأن اثبات البد على الماء انما هو بالانتفاع بالماء وانتفاع من له عشر قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوي في اثبات البد وقوله (لم يكن له ذلك) أي لم يكن لصاحب الاعلى (السكر لمافيه) أي في السكر من ابطال حق الباقيين ولكن يشرب بخصته يعني من غير سكر

(قوله لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة الخ) أقول أي لا يكون له انتفاع مثل انتفاع من له الخ

قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جارا فعليه البينة أن هذا النهر له وأنه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه الى أرضه ليستقيم افيتم قدره بالحجة ملكا له أو حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصوب في نهر أو على سطح أو الميزاب أو الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب (واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم) لان المقصود الانتفاع بسقيهم افيتم قدره بخلاف الطريق لان المقصود النطق وهو في الدار الواحدة والضيقة على غط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لمافيه من ابطال حق الباقيين ولكنه يشرب بخصته فان تراضوا على أن يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بخصته أو اصطالحوا على أن يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق له

في مقابلة ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط على أن ما ذكره في الكتاب لو كان مصححا لدعوى الشرب مع جهاته لمكان مصححا لدعوى غيره أيضا من الاعيان المجهولة مع كونها باطلة قطعا نعم يصلح ما ذكر في الكتاب أن يكون وجه الاستحسان في مقابلة وجه آخر للقياس مذكورا أيضا في المبسوط ومنقول عنه أيضا في النهاية ومعراج الدراية وهو أن المدعى يطلب من القاضي أن يقضى له بالملك فيما يدعيه اذا ثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التملك بغير أرض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى كالتجرف في حق المسلمين فان ما ذكر في الكتاب يدفع هذا الوجه ويصير جوابا عنه على وجه الاستحسان تأمل تفهم ثم أقول الوجه الاول من ذلك الوجهين للقياس في مسئلتنا هذه وان كان مذكورا في المبسوط والكافي وكثير من شروح هذا الكتاب بطريق النقل عن المبسوط في بعضها وبطريق الاصل في البعض الا أنه منظور فيه عندي لانهم ان أرادوا بوجوبهم في ذلك الوجه والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام أن الشرب مطلقا مجهول جهالة لا تقبل الاعلام فهو ممنوع فانه اذا ادعى شرب يوم في الشهر مثلا يصير الشرب هناك معلوما نص عليه في الاصل فانه قال في باب الشهادات في الشرب من الاصل واذا كان نهر لرجل في أرضه فادعى رجل فيه شرب يوم في الشهر وأقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهادة ويقضى له بذلك استحسانا لانها شهادة قامت على شرب معلوم من غير أرض والشهادة على الشرب من غير أرض مقبولة اذا كان الشرب معلوما والشرب معلوم لانهم شهدوا به بشرب يوم من ثلاثين يوما وهو معلوم الى هنا لفظ الاصل وان أرادوا بذلك أن الشرب قد يكون مجهولا فهو مسلم ولكن لا يحصى شيئا فيما نحن فيه اذ لا شك أن المراد بصحة دعوى الشرب بغير أرض استحسانا في مسئلتنا هذه صحة دعوى الشرب بالمعلوم فان دعوى الشرب المجهول والشهادة عليه لا تصح أصلا نص عليه في الاصل أيضا فانه قال فيه وان شهدوا أن له شرب يوم ولم يسموا عددا لا يام لا تقبل هذه الشهادة لانهم شهدوا بشرب مجهول لا يمكن القضاء به لانه لا يدري أن له شرب يوم من الشهر أو من السنة أو من الاسبوع وجهالة المشهود به تمنع من قبول الشهادة لانه لا يمكن القضاء بها انتهى (قوله فان لم يكن في يده) قال في العنابة والنهاية يعني بان لم يكن مستعملا باجرائه ماء فيه أولم تكن أشجاره في طرفي النهر انتهى أقول في المعنى الاول خلل اذ لا يخفى على الفطن أنه على تقدير أن يكون مراد المصنف بقوله فان لم يكن في يده هو المعنى الاول أي بان لم يكن مستعملا باجرائه ماء فيه بلزم أن يبلغوا قوله ولم يكن جاريا ان يكون عدم الجريان حينئذ مندرجا في مضمون قوله فان لم يكن في يده فيكون قوله ولم يكن جاريا مستندرا كحذف الوجه هو المعنى الثاني وهو ان لم تكن أشجاره في طرفي النهر فان كون أشجاره في طرفي النهر علامة أن يكون هذا النهر له وجران ماء فيه علامة أن يكون له مجراه في هذا النهر فيكون قوله فان لم يكن في يده إشارة الى انتفاء العلامة الاولى وقوله ولم يكن جاريا إشارة الى انتفاء العلامة الثانية ويصير معنى مجموع كلامه فان لم يوجد شي من العلامتين فعلى المدعى البينة أن هذا النهر له وأنه كان له مجراه في هذا النهر فينتظم السياق والحق كما ترى لا يقال يجوز أن يكون مراد

وقوله (الأنه اذا تمكن من ذلك) يعني اذا اصطلموا على السكر ليس لمن يسكر أن يسكر بما ينكس به النهر كالطين ونحوه اذا أمكنه أن يسكر بلوح أو باب خشب لكونه اضرار ابرهم فيمنع ما فضل عن السكر عنهم الا اذا رضوا بذلك فان لم يكن لواحد منهم الشرب الا بالسكر ولم يصطلحوا على شيء يبدأ أهل الاسفل حتى يروا ثم بعد ذلك لأهل الاعلى أن يسكروا والآن في السكر احداث شئ في وسط النهر المشترك فلا يجوز ذلك ما بقي حق جميع الشر كاهل الاسفل ثابت ما لم يروا فكان لهم أن يمنعوا أهل الاعلى من السكر وهذا معنى قول ابن مسعود رضي الله عنه أهل اسفل النهر أمراء على أهل أعلاه حتى يروا والآن لهم أن يمنعوا أهل الاعلى من السكر وعليهم طاعته في ذلك ومن لم يك طاعته فهو أميرك وقوله (والدالية والسانية نظير الرحي) (١٤٩) الدالية جذع طويل مركب

تركب من سداق الارز وفي رأسه مغرفة كبيرة يسقي بها والسانية البعير يستقي من البئر والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الخشب والالواح والقنطرة مما يتخذ من الحجر والابنجر موضوعا لا يرفع وكل ذلك يحد منه من يتخذ في ملك مشترك فلا يملك الارضاهم سواء كان منهم أو من غيرهم وقوله (وكذا اذا كانت القسمية بالكوى) الكوة ثقب البيت والجمع كواه بالمد وكوى مقصور ويستعار لمفتاح الماء الى المزارع والجداول فيقال كوى النهر ومعناه ليس له أن يوسع الكوة وقوله (وكذا اذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه) أى من فم النهر وهذا تقدير اتفاق والعبارة للاحتباس وصورة هذا اذا كانت

الأنه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكس به النهر من غير تراص لكونه اضرار ابرهم وليس لاحدهم أن يسكر منه نهر أو ينصب عليه رحي ما لا يرضى أصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا أن يكون رحي لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في أرض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما يبيته من كسر ضفته وبالماء أن يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحي ولا يتخذ عليه جسر ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد من خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فأراد أن يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك أو كان مقنطرا مستوثقا فأراد أن ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في أخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشر كاهل بأخذ زيادة الماء ويجمع من أن يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء وكذا اذا كانت القسمية بالكوى وكذا اذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سرعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والارتفاع وهو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمية ولو كانت القسمية وقعت بالكوى فأراد أحدهم أن يقسم بالابام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه اظهروا الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد أن يزيد كوة وان كان لا يضر بأهل لان الشر كة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم أن يشق نهرها منه ابتداء فكان له أن يزيد في الكوى بالطريق الاولى (وليس لاحد الشر كاهل في النهر أن يسوق شربه الى أرض له أخرى ليس لها في ذلك شرب) لانه اذا تقدم العهد يستدل به على أنه حقه (وكذا اذا أراد أن يسوق شربه في أرضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى) لانه يستوفى زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل أن تنشف الارض الاخرى وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا الى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي يفتحها في هذا الطريق ولو أراد الاعلى من الشر يكن في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ما أن يسد بعضهما دفعا لفيض الماء عن أرضه كي لا تنزل في ذلك لما فيه من الضرر بالآخر

صاحبي العناية والنهاية تفسير مجموع قول المصنف فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا على أن يكون قولهم بأن لم يكن مستعملا بأجراء ما فيه ناظرا الى قوله ولم يكن جاريا وأن يكون قولهم ما أولم تكن أشجاره في طرفي النهر ناظرا الى قوله فان لم يكن في يده على طريقة الف والنشر الغير المرتب لانا نقول مع

الالواح التي فيها الكوة في فم النهر فأراد أن يؤخرها عن ضفة النهر فيجعلها في وسط النهر ويدفع فوهة النهر بغير لوح ومعنى قوله يسفل كواه أى يجعلها أعنى مما كانت وهي في ذلك الموضع أو يرفعها الى وجه الارض وقوله (وهو نظير طريق مشترك) يعني من حيث انه يزيد في الشرب ما ليس له منه حق في الشرب ويزيد من المارة من ليس له حق في المرور وقيد بقوله (ساكنها غير ساكن هذه الدار) لانه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له أن يفتح بابا الى دار أخرى

(قال المصنف وكذا اذا كانت القسمية بالكوى) أقول بكسر الكاف قال الزبلي أى ليس له توسيع فم النهر لانه يحبس الماء في ذلك الموضع فيدخل في كونه أكثر مما كان يدخل قبله انتهى وقال الاكل وغيره معناه ليس له أن يوسع الكوة لكن لا ينبغي أن ما ذكره الزبلي أوجه وأولى

وقوله (وكذا إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما) بأن يقول لشريكه اجعل لي نصف الشهر ولا نصيبه فهاذا كان في حصتي سددت ما بدلي منها وأنت في حصتك فتحتما كما أفليس له ذلك بعدما كانت القسمة بينهما بالأكوى لأن الانتفاع بالماء في القسمة الأولى مستدام وفي الثانية في بعض المدة وربما يضرب ذلك بصاحب السفلى وقوله (لأنه عارة) لأن كل واحد منهما مبيعاً لصاحبه نصيبه من الشرب من الشهر لتعذر جعل ما تراضيا عليه مبادلة فإن بيع الشرب بالشرب وأجارته به باطل وإذا كانت عارية فلا مبيعاً أن يرجع متى شاء وقوله (والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه) بناء على أن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه في أملاكه وحقوقه وعدم جواز بيعه وهبته لا يستلزم عدم جواز ذلك ألا ترى أن الفصاح والدين والخمر يملك بالارث وإن لم يملك بالبيع ونحوه والوصية أخت الميراث وقوله (بعينه) احتراز عن الإيصاء ببيع الشرب كما سئذ كره والحاصل أن الشرب بغير الأرض لا يملك بشئ من العقود فإذا سمى في النكاح صح النكاح ووجب مهر المثل وإذا سمى في الخلع صح الخلع وعليه ارد ما قبضت من المهر وإذا جعله بدل الصلح فالمدعى على دعواه إذا لم يكن عن قصاص (١٥٠) فان كان فعلى القاتل الدية وأرض الجراحة وقوله (والاصح)

إشارة إلى وجود الاختلاف فان العلماء رحمهم الله اختلفوا في كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب فمنهم من قال السيل في ذلك أن يقال للمقومين ان العلماء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب وقال بعضهم يضم هذا الشرب الى جريب من الأرض من أقرب ما يكون من هذا الشرب ويتطربكم يشترى مع الشرب وبكم يشترى بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضاً ويجمع ذلك الماء فيه في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه بثمن معلوم ثم يقضى دينه بذلك واختار المصنف

وكذا إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما ما لأن القسمة بالأكوى تقدمت الآن بتراضيه لأن الحق لهم ما وبعد التراضي لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك وكذا الورثة من بعده لأنه عارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود ما للجهالة أو للغرر أو لأنه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره وإذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لأنه لا يملك بشئ من العقود ولا يبيع الشرب في دين صاحبه بغير موته بدون أرض كما في حال حياته وكيف يصنع الامام الاصح أن يضمه الى أرض لا شرب لها فيبيعهها ما بذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الأرض مع الشرب وبدونه فيصرف النفاذ الى قضاء الدين وإن لم يجد ذلك اشترى على تركه الميت أرضاً بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعها ما فيصرف من الثمن الى غن الأرض ويصرف الفاضل الى قضاء الدين (وإذا سقى الرجل أرضه أو مخرها ماء) أي ملاها (فسال من مائها في أرض رجل فغرفها أو نزل أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها) لأنه غير متعدي فيه

كون الف والشر غير المرتب في مثل هذا المقام من قبيل الالغاز في الكلام لا يستقيم حينئذ كلمة أو في قولهما أول من سكن أشجاره في طرفي النهر فانها لا أحد الأمرين فيلزم أن يكون معنى كلام المصنف فان انتفت إحدى العلامتين فعليه البينة وليس بصحيح فانه إذا انتفت أحدهما وجدت آخرهما لا يجب عليه البينة ولهذا قال المصنف ولم يكن جارياً بكامة الواو إشارة الى انتفاءهما معاً (قوله والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود ما للجهالة أو للغرر أو لأنه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره) ذكر المصنف في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع أن الشرب يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات ومفرداً في رواية

رحمهم الله ما ذكره في الكتاب وقوله (أو مخرها) قال في الصحاح مخرت الأرض أي أرسلت الماء فيها وقوله (لأنه غير متعدي فيه) بلوح الى أنه إذا كان متعدياً ضمن وعدم التعدي انما يكون إذا سقى أرضه سقياً يسبق مثله في العادة وكان ذلك في نوبته وقبل ان كان جاره تقدم اليه بالاحكام ضمن وإن لم يتقدم لم يضمن اعتبراً بالحاظ المائل والله تعالى أعلم

(قال المصنف حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره) أقول ذكر المصنف في باب البيوع الفاسد من بيع هذا الكتاب أن الشرب يجوز بيعه مفرداً في رواية وهو اختيار مشايخنا بل لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله حظ من الثمن على ما ذكر في كتاب الشرب انتهى قيل قوله حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره ينقض قوله ولهذا يضمن بالاتلاف مناقضة ظاهرة انتهى لا يقال المراد بالاتلاف الشرب اتلافه بالكلية وسقى الأرض من شرب غيره لا يستلزمه لأنهم صرحوا بخلافه فلمراجع شرح الكنز هناك وفي الكفاية هذا على رواية الاصل واختيار فخر الاسلام أنه ضمن انتهى كلام صاحب الكفاية ثم أقول فعلى هذا الامتناع فيه أصلاً لا ببناء الكلامين على الروايتين فاندفع اعتراض صاحب القيل (قوله لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب) أقول فلعلهم جوزوا بيعه في صورة موت صاحبه مدوناً استحبنا على خلاف القياس

﴿ كتاب الاشربة ﴾

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهم اشبعوا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب (١٥١) لمناسبة لاجتماع الموت ومن محاسنه بيان

حرمها اذ لا شبهة في حسن
تحريم ما يزيل العقل الذي
هو ملاك معرفة الله تعالى
وشكر انعامه فان قيل
ما باله حل للامم السالفة
مع احتياجهم الى ذلك
أجيب بأن السكر حرام في
جميع الاديان وحرم شرب
القليل علينا من الخمر
كرامة لنا من الله تعالى لئلا
نقع في المحظور ونحن
مشهود لنا بالخيرية فان
قيل هلا حرمت ابتداء
والداعي المذكور موجود
أجيب اما بان الشهادة
بالخيرية لم تكن اذذاك
واما التدريج الضاري

﴿ كتاب الاشربة ﴾

(قوله ذكر الاشربة بعد
الشرب لانهم اشبعوا عرق
واحد لفظا ومعنى) أقول
العرق اللفظي ظاهر وهو
الشرب مصدر شرب
والعرق المعنوي لعلة
الارض فان كلامهم ما يخرج
منه اما بالواسطة أو بدونها
(قوله ومن محاسنه بيان
حرمها الى قوله الى ذلك)
أقول الضمير في حرمها
راجع الى الاشربة وضمير
باليه الى ما في قوله ما يزيل
وأشار بقوله ذلك الى العقل
والمعنى ما بال الشيء الذي
يزيل العقل حل للامم
السالفة مع احتياج الامم

﴿ كتاب الاشربة ﴾

وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظم من الماء وهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكر في كتاب
الشرب انتهى فتوهم بعضهم ان قوله ههنا حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره يناقض قوله ههناك ولهذا
يضمن بالاتلاف مناقضة ظاهرة أقول ليس ذلك بشئ لان بناء كلامه في المقامين على الروايتين فما
ذكره ههنا على رواية الاصل وهو مختار شيخ الاسلام خواهر زاده وما ذكره ههناك على ما قاله الامام
فخر الاسلام البزدوى وقد أفصح عنه صاحب الخلاصة حيث قال رجل له فوبه ماء في يوم معين من
الاسبوع فجاء رجل فسقى أرضه في نوبته ذكر الامام على البزدوى أن غاصب الماء يكون ضامنا
وذكر في الاصل أنه لا يكون ضامنا ثم قال وفي فتاوى الصغرى رجل أتلف شرب رجل بأن يسقى أرضه
بشرب غيره قال الامام البزدوى ضمن وقال الامام خواهر زاده لا يضمن وعليه الفتوى انتهى وأفصح
عنه صاحب الكافي أيضا ههنا حيث قال حتى لو أتلف شرب انسان بأن يسقى أرضه من شرب غيره
لا يضمن على رواية الاصل وان اختار فخر الاسلام أنه يضمن انتهى

﴿ كتاب الاشربة ﴾

قال جمهور الشراح ذكر الاشربة بعد الشرب لانهم اشبعوا عرق واحد لفظا ومعنى وقصد ببعض
الفضلاء حل مرادهم بعرق واحد لفظا ومعنى فقال العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب
والعرق المعنوي لعلة الارض فان كلامهم ما يخرج منه اما بالواسطة أو بدونها انتهى أقول حل
مرادهم بالعرق المعنوي ههنا على الارض بناء على خروج الشرب منها بالذات وخروج الاشربة منها
بالواسطة تعسف جدا لا تقبله الفطرة السليمة والصواب أن مرادهم بالعرق المعنوي ههنا هو معنى
لفظ الشرب الذي هو مصدر شرب فان كلامهم ما مشتق من ذلك المصدر ولا بد في الاشتقاق من
التناسب بين المشتق والمشتق منه في اللفظ والمعنى وههنا أيضا كذلك وهذا معنى كونهم اشبعوا عرق
واحد لفظا ومعنى ويرشد اليه ما ذكر في غاية البيان حيث قال ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب
لمناسبة بينهما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الاصل والحروف الاصول انتهى ثم ان من
محاسن ذكر الاشربة بيان حرمها اذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله
تعالى وشكر انعامه فان قيل ما باله حل للامم السابقة مع احتياجهم أيضا الى العقل أجيب بأن
السكر حرام في جميع الاديان وحرم شرب القليل من الخمر علينا كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع في
المحظور بأن يدعو شرب القليل منها الى شرب الكثير ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرمت
علينا ابتداء والداعي المذكور موجود أجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذذاك وامال تدريج
الضاري لئلا ينقر من الاسلام كذا في العناية أقول في كل من وجهي الجواب الثاني نظر أما في
وجهه الاول فلان الشهادة بالخيرية وان لم تكن في ابتداء الاسلام الا أن نفس خيرية هذه الامة
كانت في الابتداء والانتفاء كما لا يخفى على أحد وهي كانية في الكرامة فلا يتم التقریب وأما في
وجهه الثاني فلان نفرة الضاري بالخمر رأى المعتاد من الاسلام بتحريم الخمر يوجد بتحريمها في أي
وقت كان فانهم اذا لم تحرم في ابتداء الاسلام كان الضاري بها على حاله في ابتداء الاسلام أيضا فاذا حرم
بعد ذلك لزم أن ينقر عنه على مقتضى معوكة ترك المعتاد وأيضا احتمال كون الاعتناء بجنيب باعنا
على التنفر عن الاسلام عند النهي عن تعاطي ذلك الخبيث متحقق في كثير من المنكرات التي نهى عنها
في ابتداء الاسلام مع أنه لم يعتبر ذلك في مقابلة ظهروا شرف الاسلام فههنا أيضا ينبغي أن يكون كذلك

السالفة الى العقل (قوله فان قيل هلا حرمت ابتداء) أقول يعني هلا حرمت اننا ابتداء (قوله أجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذذاك)
أقول الشهادة وان تأخرت وجود الكنها عامة لاول هذه الامة وآخرها

(وسمى هذا الكتاب بها) أى
بالاشربة (وهى جمع شراب)
اسم لما هو حرام منه عند
أهل الشرع لما فيه من
بيان حكمها قال (الاشربة
الحرمة أربعة الخ) الاشربة
الحرمة أربعة الخمر
وهى عصير العنب اذا غلى
واشتد والمراد بالاستعداد
للاشربة للاسكار وكلامه
واضح وقوله (وقال
بعض الناس) قيل
يريد به مالك والشافعي
رحمهما الله

قال (المصنف سمي بها
وهى جمع شراب لما فيه
من بيان حكمها) أقول
أى بيان حكم أنواعها
ولعل ذلك تمهيد العذر
لعنوانه الكتاب بصيغة
الجمع بمعنى انما عنون بها
لان فيه بيان أحكام
أنواعها كما في البيوع
أو لاضافة الكتاب الى
الاعيان والفقهاء يبحث
عن أفعال المكلفين
فوجهه حينئذ أن الحكم
وهو الحرمة هنا وصف
للاعيان لا للأفعال فلذلك
عنون بالاعيان ويعلم منه
حال الأفعال والتفصيل
في كتب الأصول خصوصاً
التلويح في أوائل القسم
الثاني (قال المصنف وهو
التي من ماء العنب) أقول
ذكر الضمير الراجع الى

الخمر باعتبار الخبر أولان الخمر قديماً كمرصوح به في القاموس

سمى بها وهى جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال (الاشربة الحرمة أربعة الخمر وهى عصير العنب
اذا غلى واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه) وهو الطلاء المذكور
في الجامع الصغير (ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلي) أما الخمر فالكلام فيها
في عشرة مواضع أحدها في بيان ما يثبتها وهى التي من ماء العنب اذا صار مسكراً وهذا عندنا وهو
المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل
مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين وأشار الى الكرمة والنخلة ولأنه مشتق من
مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر

فالوجه الوجه في الجواب عن السؤال الثاني ما ذكره صاحب النهاية حيث قال فان قيل هلا حرمت
الخمر في ابتداء الاسلام مع وجود هذه الحكمة قلنا أباحه الله تعالى في ابتداء الاسلام ليعاين الفساد في
الخمر حتى اذا حرم عليهم عرفوا منه الحق لديهم وليس الخبر كالمعاينة انتهى (قوله سمي بها وهى جمع
شراب لما فيه من بيان حكمها) يعنى سمي هذا الكتاب بالاشربة أى أضيف اليها والحال أن الاشربة
جمع شراب وهوا اسم في اللغة لكل ما يشرب من المائعات سواء كان حراماً أو حلالاً وفي استعمال
أهل الشرع اسم لما هو حرام منه وكان مسكراً لما فيه أى في هذا الكتاب من بيان حكمها أى
حكم الاشربة كما سمي كتاب الحدود لما فيه من بيان حكم الحدود وكما سمي كتاب البيوع لما فيه من بيان
حكم البيوع وهذا زبد ما ذكره هنا في جملة الشروح والكافي مع نوع زيادة في حل اللفاظ قال
بعض الفضلاء في تفسير قوله من بيان حكمها أى بيان حكم أنواعها وقال ولعل ذلك تمهيد
العذر لاعتدائه الكتاب بصيغة الجمع يعنى انما عنون بها لان فيه بيان أحكام أنواعها كما في البيوع
أو لاضافة الكتاب الى الاعيان والفقهاء يبحث عن أفعال المكلفين فوجهه حينئذ أن الحكم
الحرمة هنا وصف للاعيان لا للأفعال فلذلك عنون بالاعيان ويعلم منه حال الأفعال والتفصيل
في كتب الأصول خصوصاً التلويح في أوائل القسم الثاني الى هنا كلامه أقول ليس لتوجيهه
الذي ذكره لاضافة الكتاب الى الاعيان معنى محصل لانه ان أراد أن الحكم وهو الحرمة هنا وصف
للاعيان حقيقة لا للأفعال فهو ممنوع اذ قد تقرر في كتب الأصول سيما في التلويح في أوائل القسم
الثاني أن اضافة الحال والحرمة الى الاعيان كحرمة الميتة والخمر والامهات ونحو ذلك مجاز عند كثير
من المحققين من باب اطلاق اسم المحلل على الحال أو هو مبني على حذف المضاف أى حرم كل الميتة
وشرب الخمر ونكاح الامهات لدلالة العقل على الحذف والمقصود الاظهر على تعيين المحذوف وأما
عند بعضهم وان كانت اضافة الحال والحرمة الى الاعيان حقيقة لتوجيه من فصلين في محله إلا أن كون
اضافتهم الى الأفعال حقيقة مما لم يذكره أحد قط بل من يقول بكون اضافتهم الى الاعيان حقيقة انما
يقس اضافتهم الى الاعيان على اضافتهم الى الأفعال في كونها حقيقة ويستد بذلك في توجيه مذهب
فلا مجال للقول بأن الحرمة وصف للاعيان حقيقة لا للأفعال على كلا المذهبين وان أراد أن الحرمة
هنا وصف للاعيان مجاز لا للأفعال لا يتم قوله فلذلك عنون بالاعيان لان كون الحرمة وصفاً للاعيان
مجاز لا يقتضي أن يعنون الكتاب بالاعيان بل رعاية جانب الحقيقة في العنوان أولى وأحسن بل لا ريب
فكان الذي ينبغي أن يعنون بالفعل بأن يقال كتاب شرب الاشربة حتى يراعى كون الفقهاء باحسان
أفعال المكلفين بلا كافة أن يقال ويعلم منه حال الأفعال وبالجملة توجيه المذكور ليس بتمام على
كل حال (قوله أحدها في بيان ما يثبتها) وقع في بعض النسخ ما يثبتها بدل ما يثبتها قال في غاية البيان
المائية بمعنى الماهية وهى ما به الشئ هو هو كما هي الانسان وهى حيوان ناطق انتهى قلت وفي نسخة

وقوله (فيماد كرهناه) إشارة إلى التي من ماء العنب وقوله (في غيره) (١٥٣) أي واشتهر في غير التي من ماء العنب

ولنا أنه اسم خاص باطباق أهل اللغة فيماد كرهناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره ولأن حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية

ما يثبتها هنا إيهام لطيف لما في قوله وهي التي من ماء العنب تبصر توقف (قوله ولنا أنه اسم خاص باطباق أهل اللغة فيماد كرهناه) أقول لما منع أن يمنع أطباق أهل اللغة على أنه اسم خاص للتي من ماء العنب إذا صار مسكراً ألا يرى أنه قال في قاموس اللغة الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام وقال والعموم أصح لأنها حرمت وما بالمدينة خمر عنب وما كان شرابهم إلا البسر والتمر انتهى وهذا صريح في أن الخمر عند بعض أهل اللغة يعم ماء العنب وغيره وأن العموم أصح عند صاحب القاموس (قوله ولأن حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية) قال صاحب غاية البيان بيانه أن التي من ماء العنب من ماء العنب خمر قطعاً وبقيتنا لثبوت ذلك بالإجماع فيترتب عليه الحرمة القطعية فأما سائر الأشربة ففي تسميتها خمر أشبه لان فيها خلافاً بين أهل العلم وأدنى درجات الاختلاف إراث الشبهة فكيف تترتب الحرمة الثابتة قطعاً على ما فيه شبهة لان بالشبهة لا يثبت القطع والبقين انتهى أقول في هذا البيان خال فانه جعل فيه مدار كون الحرمة في غير التي من ماء العنب من ماء العنب ظنية اختلاف العلماء في تسمية ذلك خمر أو ليس بسيد إذا المصنف بصدد بيان بطلان ذلك الاختلاف واثبات أن غير التي من ماء العنب لا يسمى خمر أو لو كان مدار ظنية حرمة غير ذلك اختلافهم في تسميته خمر الزم المصادرة على المطلوب فكانه قال الخمر هي التي من ماء العنب إذا صار مسكراً وغيره ليس بخمر كما زعم بعض الناس لان حرمة الخمر قطعية وحرمة غير التي من ماء العنب ظنية لانا خالفنا في كون غير ذلك خمر أو قلنا ان اسم الخمر مخصوص بالتي من ماء العنب لا يطلق على غير ذلك فأورث خلافاً في ذلك شبهة في كونه خمر أو لم تكن حرمة قطعية وفي هذا مصادرة كما ترى وقال صاحب العناية في بيان هذا المقام يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت إلا قطعي وكون التي من ماء العنب خمر قطعي بلا خلاف فيثبت به بخلاف غيره فان فيه اختلاف بين العلماء وأدنى درجات الاختلاف إراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني انتهى أقول وفيه أيضاً خلل أما أولاً فلما مر أننا من استلزامه المصادرة على المطلوب فان الظاهر من قوله فان فيه اختلاف العلماء في مقابلة قوله وكون التي من ماء العنب خمر قطعي بلا خلاف أن يكون مراده باختلاف العلماء في غير التي من ماء العنب اختلافهم في كونه خمر أو لا إلى ما ذكر في غاية البيان وأما ثانياً فلان قوله فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني كلام غير صحيح لارتباط ما قبله لأن مدلول ما قبله أن غير التي من ماء العنب مما وقعت فيه شبهة باختلاف العلماء في حقه فالأزهر منه أن تكون حرمة ظنية فان أراد بقوله فتكون الحرمة قطعية فتكون حرمة غير التي من ماء العنب قطعية لم يكن التفريق صحيحاً فطعنوا وان أراد به فتكون حرمة الخمر قطعية لم يصح قوله والدليل عليها ظني إذ لا شك أن دليل حرمة الخمر قطعي كما أفصح عنه في صدر بيانه حيث قال يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت إلا قطعي فالحق في شرح كلام المصنف ههنا ما ذكره تاج السريعة وصاحب الكفاية حيث قال لا يعني فلا يصح أن يصرف تحريمها إلا إلى عين ثبوت الحرمة في تلك العين قطعاً وغير التي ليس بتلك المثابة لمكان الاجتهاد فيه انتهى فانهم ما لم يريدوا بالاجتهاد فيه الاجتهاد في تسميته خمر حتى يلزم المصادرة على المطلوب بل أرادوا بالاجتهاد في عدم حرمة كما أشار إليه المصنف فيما بعد حيث قال في العصار إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه بعد بيان أنه حرام عندنا وقال الأوزاعي أنه مباح وقال في نقيع التمر بعد بيان أنه حرام وقال شريك بن عبد الله أنه مباح وقال في نقيع الزبيب بعد بيان أنه حرام إذا اشتد وغلي ويتأني فيه خلاف الأوزاعي ثم إن بعض الفضلاء طعن في هذا التعليل المسد كور من قبلنا حيث قال لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير التي من ماء العنب لا يكفرون مستحل

إذا صار مسكراً غير لفظ الخمر كالمثلث والطلاء والباذنق والمنصف وقوله (ولأن حرمة الخمر قطعية) يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالإجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت إلا قطعي وكون التي من ماء العنب خمر قطعي بلا خلاف فيثبت به بخلاف غيره فان فيه اختلاف بين العلماء وأدنى درجات الاختلاف إراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني

(قال المصنف ولأن حرمة الخمر قطعية وهي في غيره ظنية) أقول هذا التعليل ينبغي أن يكون لابي حنيفة والافعهذه ما إذا اشتد ولم يقدف بالزبد هو خمر مع أنها ظنية لثبوت الاختلاف المورث للشبهة فينتقض تعليلها لوعلاؤه به فليتأمل (قوله وأدنى درجات الاختلاف إراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية) أقول لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير التي من ماء العنب لا يكفرون مستحل فلا يتوجه عليهم الإلزام وهذا كالأبواب فان حرمة قطعية وحرمة بيع الحفن بالحفن متفاضلة متساوية ليست

بقطعية (قوله وما يدل عليها ظني) أقول الواو والحاء

(٣٠ - تكمله ثامن)

وقوله (وانما سمي) يعني غير النية (خمر الخمره) أي لصيرورته مرا كالخمر لا لخامره جواب عن قولهم سمي خمر الخامره العقل ولئن سلمنا انه مشتق منها لكن (١٥٤) لا ينافي اختصاصه بالنبي من ماء العنب لجواز أن يكون المشتق مخصوصا

فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا وكالفارورة مشتق من القرار ولا يستعمل في الكوز وان وجد فيه القرار وأنظاره كثيرة وقوله (والحديث الاول) يريد به كل مسكر خمر روى عن يحيى بن معين رحمه الله أنه قال الاحاديث الثلاثة ليست بثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدها قوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل والثاني من مس ذكره فليتوضأ والثالث كل مسكر خمر وكان يحيى ابن معين اماما حافضا متقنا حتى قال أجد ابن حنبل رحمه الله كل حديث

(قوله وانما سمي يعني غير التي خمر الخمره الخ) أقول فيه بحث فانه حينئذ لا يرتبط الجواب للجباب عنه لأن تقرير كلامهم فيه كلما كانت الخمر مشتقة من الخامره فكل ما يوجد فيه معنى الخامره فهو خمر لكن المقدم حق والتالي منه فليتأمل (قال المصنف وانما سمي خمر الخمره) أقول ولك أن تقول هذا منع لا يضر (قال المصنف فان النجم مشتق من

وانما سمي خمر الخمره لا لخامره العقل على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير التنظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله

فلا يتوجه عليهم الالزام وهذا كالم با فان حرمة قطعية وحرمة بيع الحفن بالحفن متفاضلا مثلا ليست بقطعية انتهى أقول ليس هذا بشئ لأن عدم قول الخصم بقطعية حرمة غير النية من ماء العنب لا ينافي توجه الالزام عليهم بل بذلك يتوجه الالزام عليهم لأن حرمة الخمر قطعية بلا ريب لما سمي في الكتاب أن الله سبحانه وتعالى سمي الخمر في كتابه الكريم رجسا والرجس ما هو محرم الدين وقد جاءت السنة متواترة أن النبي صلى الله عليه وسلم حرم الخمر وعليه انعقد إجماع الأمة وما ثبت به هذه الأدلة القطعية قطعي جزمًا فاذا لم يقل الخصم بقطعية حرمة غير النية من ماء العنب تعين أن لا يكون غير النية خمرًا إذ لا شك أن قطعية الحرمة وعدم قطعية بيعها لا يجتمعان في محل واحد فقد توجه عليهم الالزام في قولهم ان كل مسكر خمر وتنظيره الذي ذكره بقوله وهذا كالم بالنبي آخره لا يجدي شيئاً لأن آلة الرباع عندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس وعند الشافعي الطم في المطعومات والتمنية في الاثمان ففي بيع الحفنة بالحفنة متفاضلا لا يوجد الرباع عندنا لعدم وجود علته فلا يحرم ذلك البيع وأما عند الشافعي فيوجد فيه الربا لوجود علته فيحرم فيكون حرمة الربا بقطعية بصيرجة على الشافعي هناك أيضا لمثل ما قلناه هنا فلا فائدة في التنظير أصلا (قوله وانما سمي خمر الخمره لا لخامره العقل) قال بعض الفضلاء ولما أن تقول هذا منع لا يضر انتهى أقول ليس هذا بسبب جديد لأن سلم أولاً أن هذا منع بل يجوز أن يكون معارضة يعني انما سمي خمر الخمره أي لتشدده وقوته وهذا المعنى لم يوجد في غير النية من ماء العنب فلم يكن غيره خمرًا وبشر إليه تفسير تاج الشريعة وصاحب الكفاية فهنا حيث قال أي لتشدده وقوته فان له تشدده وقوته ليست لغيرها حتى سميت أم الخبائث انتهى ولئن سلم أن ذلك منع لامعارضة فلا وجه لقوله لا يضر فان المقصود بهذا الكلام انما هو الجواب عن استدلال الخصم على كون الخمر اسما لكل مسكر بقوله ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر فانه اذا منع قوله لانه مشتق من مخامرة العقل تسقط هذه المقدمة من الاستدلال المذكور فلا يتم دليل الخصم علينا وهو عين الضرر له ثم ان صاحب العناية قال في شرح كلام المصنف هذا وقوله وانما سمي يعني غير النية من ماء العنب خمر الخمره أي لصيرورته مرا كالخمر لا لخامره جواب عن قوله - سمي خمر الخامره العقل انتهى أقول هذا شرح فاسد لا يطابق المشروح أصلا اذ حينئذ لا يظهر الجواب عن قولهم المذكور ولا يرتبط به قول المصنف فيما بعد على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه ولعمري ان هذا الشرح عجيب من مثل ذلك الشارح وكان لنا أن نحمل كلمة غير في قوله يعني غير النية على السهو ومن قلم الناصح الاول لولا قوله كالخمر في قوله أي لصيرورته مرا كالخمر فان التشبيه بالخمر يقتضي أن يكون المشبه غير الخمر وهو غير النية من ماء العنب والصواب في شرح هذا المقام أن يقال يعني انما سمي النية من ماء العنب خمر الخمره أي لغيره واشتداده وهذا المعنى غير موجود في غيره فلم يكن خمر الخامره العقل أي ليست التسمية لخامره العقل أي ستره العقل حتى يوجد وجه التسمية في غير النية من ماء العنب أيضا فيكون خمر الخمر حينئذ ينتظم الارتباط بالسباق واللاحق كما لا يخفى وقال جماعة من الشراح في تفسير قول المصنف الخمره أي لصيرورته خمر أقول هذا تفسير خال عن التحصيل مؤد إلى تعليل الشيء بنفسه كما يشهد به التأمل الصادق (قوله فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف

والثاني أريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حق ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد صار خيرا ولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم ثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد

لا يكل ما ظهر) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا انتهى وتبعه العيني أقول هذا شرح غير صحيح لا يطابق المشروح لان النجم انما كان اسما خاصا لجنس الكوكب موضوعا له لظهوره ثم صار علما للثريا بلا وضع واضع معين بل لاجل الغلبة وكثرة استعماله في فرد من أفراد جنسه كما هو حال سائر الاعلام الغالبة على ما تقر في موضعه والظاهر أن مراد المصنف بقوله ثم هو اسم خاص للنجم المعروف أنه اسم خاص للظاهر المخصوص وهو جنس الكوكب لأنه علم خاص لشخص معين من أفراد جنس الكوكب وهو الثريا لان معنى الظهور انما هو حفظ في مرتبة كون النجم اسما موضوعا لجنس الكوكب لافي مرتبة كونه علما لشخص معين من ذلك الجنس وهو الثريا فان كونه علما انما كان بمجرد الغلبة وكثرة الاستعمال فيه لا بالملاحظة معنى فيه ولهذا يقال للاعلام الغالبة اعلام اتفاقية وهذا كله مما لا سترة به عند من له دربة بالعلوم الادبية وكان صاحب العناية انما اغتر بلفظ المعروف في قول المصنف اسم خاص للنجم المعروف الا أن مراده بالنجم المعروف الجنس المخصوص المعروف باطلاق لفظ النجم عليه من بين ما يوجد فيه معنى الظهور مطلقا وهو جنس الكوكب تأمل ترشد (قوله والثاني أريد به بيان الحكم) قال في غاية البيان والعناية يعني اذا أسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد انتهى أقول فيه بحث لان حاصله تفسير الحكم في قوله والثاني أريد به بيان الحكم بالحرمة وثبوت الحد عند اسكار كثيره وليس بتمام لان قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يفيد الحصر كقوله عليه الصلاة والسلام الاثمة من قر يش على ما تقر في موضعه فلو كان المراد منه بيان الحكم بالمعنى المذكور في ذنبك الشرحين لزم أن لا يصح الحصر والتخصيص بهاتين الشجرتين مشيرين بهما الى الكرم والخلة لان المعنى المذكور فيهما وهو الحرمة وثبوت الحد عند اسكار الكثير يتحقق في غير نبتك الشجرتين ايضا فان نبتك العسل والتين ونبتك الخنطة والذرة والشعير وان كان حلالا عند أبي حنيفة وأبي يوسف اذا لم يصل مرتبة الاسكار وكان من غير له وطرب الا أنه اذا أسكر كثيره صار حراما بالاجماع ويثبت به الحد على القول الاصح كما سيجي في الكتاب والحق أن المراد بالحكم الذي أريد بيانه بالحديث الثاني هو حرمة قلبه وكثيره وهذا المعنى لا يتحقق في المتخذ من غير نبتك الشجرتين فيصح الحصر المستفاد من ذلك الحديث بلا غبار وعبرة صاحب السكا في تفسير المراد بالحكم ههنا وان لم تكن صريحة في حرمة القليل والكثير معا الا أنها باجملها لا تناقضها بل تساعد على ما هو المراد بالثاني بيان الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة واقفي أثر متاج الشريعة وصاحب الكفاية (قوله لان الاسم ثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد) أقول فيه نظر لان قوله لان الاسم ثبت به مصادرة على المطلوب لان مدعاها ثبوت هذا الاسم بمجرد الاشتداد بدون اشتراط القذف بالزبد ولا يسلمه أبو حنيفة رحمه الله بل يقول باشتراط القذف بالزبد فتعادل مدعاها ثبوت هذا الاسم بالاشتداد لتعليل الشيء بنفسه وقوله وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد يشعر بكون حرمة الخمر معلولة وهذا يناقض ما صرح به فيما بعد من أن عينيها حرام غير معلول بالسكرو لا موقوف عليه وقد شرح السارح الكاكي قول المصنف ههنا وهو اظهر في التناقض حيث قال وكذا المعنى المحرم وهو الاسكار يحصل بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد أي الاسكار مؤثر في إيقاع العداوة والصدع عن ذكر الله تعالى انتهى اذ لا يخفى أن ههنا انما يلازم قول من قال انها

لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث وقوله (والثاني) يريد به الخمر من هاتين الشجرتين (أريد به بيان الحكم) يعني اذا أسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد اذ هو اللائق بمنصب الرسالة لكونه مبعوثا لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق

(قال المصنف وعندهما اذا اشتد) أقول يعني ثبت الاسم به اذا اشتد والمراد الاسم الشرعي (قال المصنف لان الاسم يثبت به) أقول أي بالاشتداد لكن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يمنع هذه المقدمة ان كان المراد الاسم الشرعي وكيف لا وفيه المصادرة وان كان اللغوي يمنع الاستلزام أي استلزام ثبوت اللغوي ثبوت الشرعي

وقوله (وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً) يعني وفي الحديث يؤخذ بقذف الزبد احتياطاً أيضاً وقوله (وهذا) أي إنكار حرمة عينها (كفر) من المنكروا أن كان قليلاً لحرمة السكر منه (لأنه بجود الكتاب) يعني قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انموا الخمر والميسر إلى قوله تعالى فهل أنتم منتهون وقد ذكرنا دلالة على ذلك في الاشراف شرح مشارق الانوار على أحسن ما يكون فليطلب منه ثمة وقوله (وقد جاءت السنة متواترة) معناه جاء (١٥٦) عن النبي صلى الله عليه وسلم في الخمر أحاديث كلها تدل على حرمة الخمر وكل واحد منها

ان لم يبلغ حد التواتر فالقدر المشترك منها متواتر كسجاعة على رضى الله عنه وجود حاتم ويسمى هذا التواتر بالمعنى وقوله (وهذا من خواص الخمر) يعني دعاء القليل إلى الكثير قال في المسبوط ما من طعام وشراب الا ولذته في الابتداء ولا يزيد على اللذة في الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها وقوله (لانه خلاف السنة المشهورة) يعني ما روى ابن عباس رضى الله عنهما من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل بمعنى الخمرة لتعديده اسمها إلى غيرها

(قال المصنف ولا يـ حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكما له بقذف الزبد الخ) أقول فعلى هذا يكون تعريف الخمر بالنبي من ماء العنب اذا صار مسكراً تعريفه بالاعم عند أبي حنيفة وبقال المطلق ينصرف إلى الكامل وكما

ولا يـ حنيفة رحمه الله أن الغليان بداية الشدة وكما له بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر وأحكام الشرع قطعية فتقاط بالنهاية كالحد وكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من أنكر حرمة عينها وقال ان السكر منها حرام لان به يحصل الفساد وهو الصدع عن ذكر الله وهذا كفر لانه بجود الكتاب فانه تعالى سماه رجساً والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة أن النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع ولان قليلاً يدعى إلى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر الأطعمة ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه إلى سائر المسكرات والشافعي رحمه الله يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليله لتعديده الاسم والتعليل في الاحكام لافي الاسماء

معلولة بالسكر كما ذكره المصنف فيما بعد بقوله ومن الناس من أنكر حرمة عينها وقال السكر منه حرام لان به يحصل الفساد وهو الصدع عن ذكر الله تعالى فتأمل (قوله ولا يـ حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكما له بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر وأحكام الشرع قطعية فتقاط بالنهاية كالحد وكفار المستحل وحرمة البيع) أقول لقائل أن يقول الكلام في هذا الموضوع في حديث ثبوت اسم الخمر لافي حد ترتب الاحكام الشرعية عليه فيجوز أن ينبت اسم الخمر في بداية الشدة ويشتد ترتب الاحكام الشرعية عليه بكما له فلا يتم التقريب ويمكن أن يقال الكلام ههنا في حد ثبوت اسم الخمر في الشرع لافي حد ثبوته في اللغة فقط فاذا ثبت اسمها الشرعي يلزم أن يرتب عليها الاحكام الشرعية بلا تراخ فيه فيتم التقريب تدبر (قوله والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) قال بعض الفضلاء فرق ما بين السكر والاسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم انتهى أقول ليس هـذا بشئ لان السكر لازم الاسكار ومطأوعه فلا يفتقران في التحقيق فالتعليل باحد هما يؤدي إلى التعليل بالآخر ومجرد الفرق بينهما في المفهوم لا يجدي شيئاً فقهياً ههنا كما لا يخفى كيف ولا شئ أن مراد المصنف بيان كون حرمتها لعينها غير معلولة بشئ مما أصلاً أنهم اغررهم معلولة بالسكر وانما معلولة بشئ آخر كالاسكار لان ما ذكره فيما بعد من لزوم الكفر وجود كتاب الله تعالى انما يرتب على ادعاء كونها معلولة بما ينافي كونها محرمة العين مطلقاً لا على ادعاء كونها معلولة بالسكر فقط وانما قال غير معلول بالسكر لكون الواقع في كلام المنكر هذه العبارة تبصر تفهم (قوله والشافعي يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة) قال تاج الشريعة وهي ما روى ابن عباس من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب وقالوا ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل لان التعليل حينئذ يكون مخالفاً للنص انتهى أقول لقائل أن يقول ان كان تعليلها وتعديتها إلى غيرهما منافياً لحرمة عينها يلزم من تعليلها وتعديتها إلى سائر المسكرات المخالفة لكتاب الله تعالى ايضاً فانه سماه رجساً والرجس ما هو محرم العين كما مر والسنة المتواترة واجماع الامة ايضاً على ما مر من

الاسكار بقذف الزبد فالمراد بالسكر عنده هو الكامل في الاسكار يفهم ذلك من تقرير دليله (قال المصنف والثالث أن عينها) والرابع حرام غير معلول بالسكر) أقول فرق ما بين السكر والاسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم (قوله قد ذكرنا دلالة على ذلك في الاشراف شرح مشارق الانوار) أقول وفي شرح حديث ان الله حرم الخمر الخ (قال المصنف والشافعي يعديه اليها) أقول أنت الضمير الراجع إلى سائر لا كتسابه التأنيت من المضاف اليه (قال المصنف والتعليل في الاحكام لافي الاسماء) أقول فان قيل الشافعي ايضاً يعدي الحكم كما اعترف به المصنف آنفاً فاجبه هذا الكلام قلنا انما يعدي الحكم بواسطة تعديده الاسماء فليتأمل

والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا والخامس أنه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل غنمها واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح أنه مال لان الطباع قيل اليها وتضمن بها ومن كان له على مسلم دين فأوفاه من خير لا يحل له أن يأخذه ولا للديون أن يؤديه لانه غنم يبيع باطل وهو غصب في يده أو أمانة على حسب ما اختلفوا فيه كافي بيع الميتة ولو كان الدين على ذي فائه يؤديه من غنم الحمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن أن يحسد شاربها وان لم يسكر منها القوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا أن حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة رضي الله عنهم وتقديره ذكرناه في الحدود والتاسع أن الطبخ لا يؤثر فيها لانه للنوع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا أنه لا يحد فيه ما لم يسكر منه

قبل وذلك يؤدي الى جحود تلك الادلة القطعية وحاشي للشافعي من ذلك وان لم يكن تعليلها وتعديتها الى غيرها منافيا لحرمة عينها بل كانت حرمة عينها بآية تلك الادلة القطعية وحرمة عين غيرها ثابتة بتعدية حرمة عينها الى حرمة عين غيرها بطريق القياس لم يتم القول بأنه خلاف السنة المشهورة لان مدلول السنة المشهورة انما هو حرمة عين الخمر والفرض أن تعديتها الى غيرها لا ينافي حرمة عينها ثم أقول الحق عندي ههنا أن تعليلها بالاسكار ينافي حرمة عينها لان قليها ليس بمسكر فيلزم أن لا يكون قليها حراما على مقتضى التعليل بالاسكار ويلزم منه أن لا يكون عينها حراما لكن الشافعي لم يقل بتعليلها بالاسكار وأما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم لها كالتخامرة ونحوها فالظاهر أنه لا ينافي حرمة عينها والشافعي انما قال بتعليلها بالتخامرة فعدي حكمها الى غيرها من المسكرات حتى أوجب الحد بشرب قطرة من الباذق قياسا على الخمر كما صرح به في الكافي والشروح فن أين يلزمه المخالفة للسنة المشهورة (قوله والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا) أقول فيه نبي وهو أن الثابت بالدلائل القطعية على ما بينه فيما مر أنفا انما هو حرمتها فان استلزم حرمتها القطعية كونها نجسة نجاسة غليظة فامعنى جعل كونها نجسة نجاسة غليظة موضعارا بعموم ناعنه بالاصالة وان لم تستلزمه فامعنى الحوالة على تلك الدلائل المارة نعم واحد من تلك الدلائل وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة فانه سماها رجسا والرجس هو القدر على مانص عليه في عامة كتب اللغة الا أنه يبقى الكلام في صيغة الجمع في قوله لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا فالاولى ههنا تحرير صاحب السكا في حيث قال وهي نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم لانها سميت رجسا بانص القطعي انتهى (قوله والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل ينتقض بالسرقين فانه نجس العين مع أنه مال متقوم يجوز بيعه عندنا كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية حيث قال ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين أيضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا أنه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الربيع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة انتهى فتأمل (قوله والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام) أقول انتقاض هذا التعليل

وقوله (حتى لا يضمن متلفها) لا يدل على اباحة اتلافها وقد اختلفوا فيه اقول يباح وقيل لا يباح الا لغرض صحيح بان كانت عند شرب خفيف عليه الشرب وأما اذا كانت عند صالح فلا يباح لانه يخللها وقوله (والسابع حرمة الانتفاع بها) يريد التدوى بالاحتقان وسقي الدواب والاقطار في الاحليل وقوله (الا أن حكم القتل قد انتسخ) يعني بقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث الحديث

بعد الطبخ ولم يسكر هل
يجب عليه الخد ثم قال
ويجب أن لا يجب عليه
الخد لانه ليس بخمر لغة
فان الخمر لغة هو التي من
ماء العنب وهذا ليس بنبي
وقوله (والمنصف) قيل
يجوز أن يكون منصوبا
عطفا على قوله الباذق
أي يسمى العصر المذهب
أقل من ثلثيه الباذق
ويسمى المنصف أيضا لانه
قال الاثرية المحرمة أربعة
وهي الخمر والعصر المذهب
أقل من ثلثيه ونقيع
التمر ونقيع الزبيب فلو
كان الباذق غير المنصف
لكانت الاثرية المحرمة
خمس ويجوز أن يكون
مرفوعا لانه نوع من
الذاهب أقل من ثلثيه
لانه أعم من أن يكون
منصفا أو غيره والاول
أوجه معنى وهذا أوجه
لفظا لانه لو كان منصوبا
لقال أيضا

(قوله لكانت الاثرية
المحرمة خمسة) أقول
كيف تكون خمسة وكل
منهما من أقسام المسمى
بالطلاء (قوله لانه أعم
من أن يكون منصفا
أو غيره) أقول فيندفع
لزوم كونها خمسة (قوله
لانه لو كان منصوبا
لقال أيضا) أقول فيه بحث
فان المسمى بالباذق غير

المسمى بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضا

على ما قالوا الان الحد بالقياس في التي خاصة لما ذكرنا وهذا قد طبخ والعاصر حواز تخليها وفيه
خلاف الشافعي وسند كره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر وأما العصر اذا طبخ حتى
يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ
فكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد وقذف بالزبد أو اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح
وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا أنه رقيق ملذم مطرب ولهذا يجتمع عليه
النساق فيحرم شره دفعا للفساد المتعلق به

بالسرقين أظهر مما مر آنفا قد بر (قوله وأما العصر اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى
طبخة ويسمى الباذق) قال في القاموس الباذق بكسر الهمزة والفتح ما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة
فصار شديدا وقال في المغرب الباذق من عصير العنب ما طبخ أدنى طبخة فصار شديدا وقال في الفائق هو
تعريب باذه وهو الخمر ونقل صاحب النهاية ما في المغرب وما في الفائق ولم يتكلم على شيء منها بشيء أقول
فيما ذكر في الفائق نظر لان الخمر على ما مر هي التي من ماء العنب اذا صار مسكرا والمطبوخ ليس بنبي قطعنا
والباذق اسم لما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة فليس بخمر لا محالة ولهذا قال المنصف وأما العصر اذا
طبخ في مقابلة قوله وأما الخمر فكيف يتصور أن يكون الباذق تعريب باذه بمعنى الخمر اللهم الا أن يكون
ما ذكر في الفائق مبنيا على ما قاله بعض الناس من أن الخمر اسم لكل مسكر لا على ما هو المحقق عندنا من
كونها اسما خاصا للذي من ماء العنب اذا أسكر (قوله والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ) قال في غاية
البيان قوله والمنصف يجوز أن يكون بالنصب وهو الوجه عطفا على قوله الباذق أي يسمى العصر
الذاهب أقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف أيضا والدليل على هذا أن أبا الليث فسرق في شرح الجامع
الصغير المذهب أقل من ثلثيه بالمنصف وأيضا انه قد حصر الاثرية المحرمة على أربعة وهي الخمر والعصر
الذاهب أقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان المنصف غير الباذق الذي هو المطبوخ الذاهب
أقل من ثلثيه لكانت الاثرية المحرمة خمسة ويجوز أن يكون المنصف بالرفع لانه نوع من الذاهب أقل
من الثلثين لانه أعم من أن يكون منصفا أو غيره ولهذا جعل شيخ الاسلام خواهر زاده الباذق قسمين
والمنصف قسمين انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل مضمون ما في غاية البيان والاول أوجه معنى وهذا
أوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال أيضا انتهى أقول لعل الاول لا وجه له أصلا فضلا عن أن يكون
أوجه فانه يصير معنى كلام المنصف على ذلك التقدير العصر الذي طبخ أدنى طبخة يسمى باسمين أحدهما
الباذق والآخر المنصف وهذا يقتضي أن يكون الباذق والمنصف متحدين في المعنى وهو العصر المطبوخ
أدنى طبخة مع أن تحريك المصنف ينافي ذلك أما أولا فلانه فسر المنصف بقوله وهو ما ذهب نصفه
بالطبخ ولا يخفى أن هذا أخص من العصر المطبوخ أدنى طبخة لتناول ذلك ما ذهب أقل من نصفه بالطبخ
فكيف يتصور الاتحاد في المعنى وأما ثانيا فلانه قال فكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد الخ ولا يخفى
أن لفظ كل يقتضي التعدد بحسب المعنى لا بحسب الاسم فقط فالحق أن قول المنصف والمنصف مرفوع
لا غير فهو عطوف على المطبوخ في قوله وهو المطبوخ أدنى طبخة والمعنى أن العصر المطبوخ الذاهب
أقل من ثلثيه على قسمين أحدهما المطبوخ أدنى طبخة المسمى بالباذق والآخر المنصف وهو ما ذهب
نصفه بالطبخ وكل واحد منهما حرام عندنا اذا غلى واشتد وقذف بالزبد أو اذا اشتد على الاختلاف وأما
حديث ان المنصف لو كان غير الباذق لكانت الاثرية المحرمة خمسة وقد حصرها في الاربعة فعلى
طرف الثمام لان الاربعة التي حصرها الاثرية المحرمة فيها انما هي اصول الاثرية المحرمة وأقسامها
الاوالية والباذق والمنصف ليس كذلك بل انما هما قسمان من أحد تلك الاصول والاقسام الاولية
وهو الطلاء العام للباذق والمنصف ثم ان بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية وهذا أوجه

وقوله (وهو الذي من ماء التمر أي الرطب) انما فسر التمر بالرطب لان المتخذ

(١٥٩)

من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر

وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله على ما سيجي وقوله (فهو حرام مكروه) أردف الحرام بالكراهة إشارة إلى أن حرمة ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيره لا يكفر وقوله (ويدل عليه ما روينا من قبل) يعني قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وأشار إلى السكرمة والخلة وقوله (والآية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة) لانها مكينة وحرم الخمر بالمدينة وهذا على تقدير أن يكون المراد بالآية الامتنان كما قال الخصم وقيل أراد به التويج ومعناه أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكر احراما وتدعون رزقا حسنا وقوله (وقد بينا المعنى من قبل) يريد به قوله ولنا أنه رقيق وملد مطرب الخ

(قوله انما فسر التمر بالرطب الخ) أقول رد على الاتقاني وفيه نظر (قوله لا السكر وهو حلال الخ) أقول في المغرب السكر بفتحين عصير الرطب اذا اشتد وفي الطلبة السكر بفتح السين والكاف هو النى من ماء التمر وقال في ديوان الادب هو خمر التمر انتهى فالتمر يعني الرطب فيه أيضا

وأما نقيع التمر وهو السكر وهو الذي من ماء التمر أي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكر اوز رزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم ويدل عليه ما روينا من قبل والآية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة كلها وقيل أراد به التويج ومعناه والله أعلم تتخذون منه سكر اوتدعون رزقا حسنا وأما نقيع الزبيب وهو الذي من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وعلى ويتأني فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعنى من قبل الا أن حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية لفظا لانه لو كان منصوبا لقال أيضا حيث قال فيه بحث فان المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضا انتهى أقول هذا ساقط جدا لان كون المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف انما يتصور على تقدير أن يكون قوله والمنصف مرفوعا وأما على تقدير أن يكون منصوبا كما هو محل كلام صاحب العناية فلا مجال لان يكون المسمى بأحدهما غير المسمى بالآخر بل مقتضى معنى التركيب على ذلك التقدير انما هو تعدد الاسم دون المسمى كما لا يخفى على من له دراية بقواعد العربية ثم أقول يمكن أن يناقش في قول صاحب العناية لانه لو كان منصوبا لقال أيضا بوجه آخر وهو أن الواو والعاطفة في قوله والمنصف على تقدير أن يكون منصوبا معطوفا على الباذق تغني غناء كلمة أيضا فلا نسلم أنه لو كان منصوبا لقال أيضا (قوله وأما نقيع التمر وهو السكر وهو الذي من ماء التمر أي الرطب) قال صاحب العناية وتفسير صاحب الهداية التمر بالرطب فيه نظر لان التمر اذا انقع في الماء يسمى نقيعا فلا حاجة إلى أن ينقع الرطب لا محالة حتى يسمى نقيعا وقياس كلامه هنا أن يقول في نقيع الزبيب أي نقيع العنب وليس بقوى انتهى وقال جمهور الشراح دفعنا ذلك النظر وانما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله على ما سيجي وانتهى أقول فيما قاله جمهور الشراح أيضا نظر لان الذي كان اسمه نبيذ التمر وكان حلالا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله انما هو ما اتخذ من التمر وطبخ أدنى طبخة كما صرح به في عامة المعبرات وسيجي في الكتاب في قوله وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ما أدنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير لهو وطرب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي حرام انتهى والذي ذكره هنا انما هو نقيع التمر اذا لم يطبخ كما أفصح عنه بقوله وهو الذي من ماء التمر وهو المسمى بالسكر لا غير ولا شك أنه ليس بحلال عند أئمتنا أصلا فلا حاجة إلى تفسير التمر بالرطب (قوله فهو حرام مكروه) قال عامة الشراح أردف الحرام بالكراهة إشارة إلى أن حرمة ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلا نلهو لو كان مقصودا بالمنصف بأرداف الحرام بالمكروه الإشارة إلى ما ذكره لأردفه بذلك في كل واحد من الاقسام الثلاثة المذكورة بعد الخمر اذ ليست حرمة شيء منها كحرمة الخمر ولوا كتمني بأردافه بذلك في واحد من تلك الاقسام لكان القسم المذكور عقيب الخمر أحو بذلك كما لا يخفى وأما ثانيا فلا نالمصنف سبب صرح بان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يكفر مستحل الخمر فلا حاجة إلى الإشارة إلى ذلك ههنا (قوله وقيل أراد به التويج) معناه والله أعلم تتخذون منه سكر اوتدعون رزقا حسنا) قال الشراح أي أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكر احراما وتدعون رزقا حسنا أقول فيه اشكال لانهم صرحوا عند شرح قول المصنف والآية محمولة على الابتداء بان الآية مكينة وتحرى الخمر وقع بالمدينة فكيف يتصور أن يكون معنى الآية قبل تحرى الخمر تتخذون منه سكر احراما والخمر وقتئذ محال بوصف بالحرمة فأين السكر الحرام فليتنامل (قوله الا أن حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية)

(وقوله غير أن عنده) يعني عند أبي حنيفة رحمه الله (يجب قيمته المثلها) كما إذا تلف المسلم خمر الذي على ما عرف أن المسلم ممنوع
عن التصرف في الحرام وأورد رواية (١٦٠) الجامع الصغير وهي قوله ما سوى ذلك من الاشربة أي ما سوى

المذكور وهو الخمر والسكر
ونقيع الزبيب والطلاء وهو
الباذق والمنصف لبيان أن
العموم المذكور في الجامع
الصغير لا يوجد في غيره
وقوله (وقال فيه) يعني في
الجامع الصغير

(قال المصنف ويجوز
بيعها ويضمن متلفها الخ)
أقول المراد بالجواز ما يترتب
عليه الثمرات المطلوبة
لا ما يقابل الحرمة (قال
المصنف وما شهدت له دلالة
قطعية) أقول فيه بحث لأن
الحرمة تثبت بالشبهة (قال
المصنف غير أن عنده يجب
قيمتها المثلها) أقول لا يقال
ينبغي أن يجب المثل بدليل
جسواز البيع لا نقول
البيع يجوز مع الكراهة
فصلوا وجبنا المثل لكان
مأمورا باتيان فعل مكروه
وهو تسليم الحرام وهذا
لا يجوز ومع ذلك لو أدى
المثل يخرج عن العهدة
أيضا تأمل قال العلامة
الكاكي أن المسلم ممنوع
عن التصرف في الحرام
فلا يكون مأمورا بإعطاء
المثل حتى لو أعطى يخرج
عن العهدة لأنه مكروه
انتهى وفيه بحث الآن
يؤول يجب بمعنى ينبغي
(قوله أن المسلم ممنوع عن
التصرف في الحرام) أقول

ولا يجب الحد بشرط احتي يسكر ويجب شرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغلبة
في أخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند أبي حنيفة خلافا لهما
فيه ما لا نه مال متقوم وما شهدت له دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير أن عنده يجب قيمتها
لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لأنها محرمة وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها إذا كان
الذهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين (وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة
فلا بأس به) قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على أن ما يتخذ من
الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة ولا يحسد شربه عنده وإن سكر منه ولا يقع
طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبخ والبن الرماك وعن محمد أنه حرام ومحمد شربه
ويشع طلاقه إذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة (وقال فيه أيضا وكان أبو يوسف يقول ما كان
من الاشربة يبقى بعد ما يبايع عشرة أيام ولا يفسد فأتى أكرهه ثم رجع إلى قول أبي حنيفة) وقوله
الاول مثل قول محمد أن كل مسكر حرام إلا أنه تفرد به هذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي وبشتد ومعنى
قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه أن بقاءه هذه المدة من غير أن يحمض دلالة قوته وشدة فمكان
أنه حرمة ومثل ذلك يزوي عن ابن عباس رضي الله عنهما وأبو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي
ذكرناه فيما يحرم أصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره أن شاء الله تعالى وأبو يوسف رجع إلى
قول أبي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط أيضا (وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب
إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتد إذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير

أقول لقائل أن يقول من هذه الاشربة نقيع التمر وهو السكر وقد قال في انبات حرمة ولنا
اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وقد تقر في علم الاصول أن اجماع الامة سيما اجماع الصحابة
دليل قطعي يكفر جاحده فكيف يتم القول ههنا بان حرمة هذه الاشربة لا يكفر مستحلبها لكون حرمتها
اجتهادية لا قطعية ويمكن أن يجاب عنه بان نقل الاجماع قد لا يكون بالتواتر فلا يفيد مثل ذلك
الاجماع القطع لعدم القطع في طريق نفسه لينا كما تقرره هذا أيضا في علم الاصول فيجوز أن يكون
الاجماع المنقول في حق حرمة السكر من ذلك القليل ويكون هذا باعنا على وقوع الاجتهاد في خلافه
(قوله لانه مال متقوم وما شهدت له دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر) أقول فيه نظرا ما أولا
فلانهم صرحوا بأن معنى تقوم المال اباحة الانتفاع به شرعا وسيجيء التصریح عن قريب بأن هذه
الاشربة مما لا ينتفع بها بوجه من الوجوه فكيف يتصور تقوم فيها وأما نافي فلان الدلالة القطعية
انما تعتبر في حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل ألا ترى أن خبر الواحد من السنة بوجوب
العمل ولا يوجب علم اليقين بل بوجوب غلبة الظن على المذهب الصحيح المختار عند الجمهور كما تقرره في
علم الاصول وما نحن فيه من العمليات فينبغي أن يكتفي فيه بمجرد غلبة الظن كيف لا وقد اكتفى به في
الحكم بحرمة هذه الاشربة اذهى أيضا اجتهادية لا قطعية كما صرح به آنفا (قوله ولا ينتفع بها بوجه
من الوجوه لانه محرمة) أقول في التعليل بحث فلا يلزم من حرمة تناول الشيء عدم الانتفاع به ألا ترى
أن السرقة نجس العين محرم تناول قطعاً مع أنه مما ينتفع به حيث يلقى في الاراضى لاستئثار الرعي
ولهذا يجوز بيعه كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية وكذا الدهن النجس على ما صرحوا به وقد
مر هنا غير مرة نظير هذا الكلام في هذا الكتاب فتدبر (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها إذا
كان الذهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين) أقول لا يذهب عليك أن حق هذه الرواية أن تذكر

فهو
فنبغي أن لا يجوز بيعها لكن المراد بالجواز في قوله ويجوز بيعها ليس ما يقابل الحرمة بل
ترب الثمرات المطلوبة كما في البيع المكروه (قوله لبيان أن العموم المذكور الخ) أقول تعليل لقوله وأورد رواية الجامع الصغير الخ

لهو ولا طسرب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي وزد كره ان شاء الله تعالى قال (ولابأس بالخليطين) لما روى عن ابن زياد أنه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت أهتدي الى منزلي فغدوت اليه من الغد فأخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا نوع من الخليطين وكان مطبوخا لآن المروى عنه حرمة نقيع الزبيب وهو الذي منه وما روى أنه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال (ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله اذا كان من غير له ووطرب لقوله عليه السلام الحمر من هاتين الشجرتين وأشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لا باحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيفما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد

قال (ولابأس بالخليطين)
الخليطان ماء التمر والزبيب
اذا خلطا فطبخا بعد ذلك
أدنى طبخة ويترك الى أن
يغلي ويشتد والعجوة التمر
الذي يغيب فيه الضرر
لجودته وقوله (محمول على
لشدة وكان ذلك في الابتداء)
يعني أن النهي عن الجمع
بين التمر والزبيب كان في
الابتداء في وقت كان بين
المسلمين ضيق وشدة في أمر
الطعام اثم لا يجمع بين
الطعامين ويترك جاره جائعا
بل يأكل أحدهما ويؤثر
بالآخر على جاره ثم لما وسع
الله على عباده النعم أباح
الجمع بين النعمتين وقوله
(قيل لا يحد) هو قول
الفقيه أبي جعفر رحمه الله

قبل قوله ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانهم من شعب جواز بيع هذه الاشربة وقوله ولا ينتفع بها الى آخره مسألة مسألة متعلقة دخلت في البين كما ترى (قوله ولا بأس بالخليطين) لما روى عن ابن زياد أنه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت أهتدي الى أهلي فغدوت اليه من الغد فأخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب) وابن عمر كان معروفا بالزهد والفقه بين الصحابة فلا يظن به أنه كان يسقي غيره ما لا يشربه أو يشرب ما كان حراما كذا في الكافي والشروح أقول ههنا كلام من وجهين أحدهما أن تقليد الصحابي فيما لم يعلم اتفاقا سائر الصحابة عليه ولا خلافهم فيه ولم تكن الحادثة مما لا يدرك بالقياس لا يجب على القول المختار كما عرف في علم الأصول والظاهر أن ما نحن فيه من ذلك القبيل فكيف يصلح أن يكون فعل ابن عمر أو قوله في الرواية المزبورة دليلا على حل الخليطين وثانيهما أن قول ابن زياد ما كدت أهتدي الى أهلي يشعر بأسكارا لشربة التي سقاها ابن عمر أياها والكر من كل شراب حرام بالاتفاق فكيف يستدل بذلك على الحل ويمكن أن يجاب عن الثاني بوجهين أحدهما ما أشار اليه تاج الشريعة بقوله وانما قال ما كدت أهتدي الى أهلي على سبيل المبالغة في بيان التأثير فيه لاحقيقة السكر فان ذلك لا يحل انتهى وثانيهما ان وجه الاستدلال مجرد أن يسقي ابن عمر ابن زياد تلك الشربة فانما هو كانت حراما لما أقدم ابن عمر مع كمال زهده وفقهه على أن يسقيه اياها وأما تأثيرها في الشارب بعد أن شربها بحيث يصل الى مرتبة الاسكار فليس له حكمة قد راد وهو مختلف باختلاف الطبائع والادقات وللشارب أن يحترز عنه مهما أمكن فان وصل الى تلك المرتبة في الرواية المذكورة فانما هو في الغفلة والعهدة في ذلك على الشارب لا الساقى تأمل تفهم (قوله وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيفما كان) أقول هذا التعليل منظور فيه لان مجرد أن لا يدعو لقليله الى كثيره لا يقتضي أن لا يشترط الطبخ فيه لا باحته ألا ترى أن نبيذ التمر والزبيب مما يشترط الطبخ فيه لا باحته بلا اختلاف مع أن قليل ذلك أيضا لا يدعو الى كثيره كيفما كان فان دعاء القلبيل الى الكثر من خواص الحمر كما صرح به فيما مر والظاهر في التعليل ههنا ما ذكر في غاية البيان حيث قال فيها وفي رواية لا يشترط لان حال هذه الاشربة دون نقيع التمر والزبيب فان نقيع التمر والزبيب اتخذ مما هو أصل للخمر شرعا فان أصل الخمر شرعا التمر والعنب على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وقد شرط أدنى طبخة في نقيع الزبيب والتمر فيجب أن لا يشترط أدنى طبخة في هذه الاشربة ليظهر نقصان هذه الاشربة عن نقيع التمر والزبيب انتهى (قوله وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد) أقول قد مررت هذه المسئلة مرة أثناء بيان مسئلة الجامع الصغير فيما قبل حيث قال وهو نص على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة ولا يحد

وقوله (وقد ذكرنا الوجه من قبل) إشارة إلى قوله لأن قليله لا يدعو إلى كثيره قليل ويجوز أن يكون إشارة إلى المعنى المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين يعني أن هذه الآية ليست بمنزلة النائم مما هو أصل الخمر وقيل هو إشارة إلى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرمال وباقى كلامه واضح وقوله (وعن محمد رحمه الله مثل قولهما) أى مثل قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله ما الله من كور في النواذر ولنا أى لعلمائنا الثلاثة على القول الموافق لمحمد وفي بعض النسخ ولهما أى لابي حنيفة وأبي يوسف (قوله وقيل هو إشارة إلى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرمال) أقول وعندى الثالث أقرب والاول أبعد أما لفظا فلمكان قوله من قبل وأما معنى فإن عليه وجوب الحد على السكران ليس دعاء القليل إلى الكثير

وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح أنه يحد فإنه روى عن محمد بن قيس سكر من الاشرية أنه يحد من غير تفصيل وهذا لأن الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشرية بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرمال لا يحد عند أبي حنيفة اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح أنه يحد لأن كراهة لحمه لما في ابحاثه من قطع مادة الجهاد أولا حترامه فلا يتعدى إلى لبنه قال (وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه - لال وان اشتد) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التلهي لا يحد بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما وعنه أنه كره ذلك وعنه أنه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما أسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما أسكر الجرعة منه فالجرعة منه حرام شارب به عنده وان سكر فالتعرض لها مرة أخرى يشبهه النكرار فلعن المقصود بالذات ههنا ذكر قوله قالوا والاصح أنه يحد وما قبله له بوطئته نعم يتجه أن يقال لو ذكر أيضا هذا القول قالوا والاصح أنه يحد لاستغنى عن الاعادة ههنا بالكلية (قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل) قال صاحب الغاية هو إشارة إلى قوله لأن قليله لا يدعو إلى كثيره وقال ويجوز أن يكون إشارة إلى المعنى المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين يعني أن هذه الاشرية ليست بمنزلة مما هو أصل الخمر فلا يجرم لا يحد السكران منها انتهى وقال صاحب الكفاية قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل الإشارة إلى ما ذكرنا السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرمال انتهى واختار صاحب العناية ما ذكره صاحب الغاية أولا ونقل ما ذكره ثانيا بقل ثم نقل ما ذكره صاحب الكفاية بقوله وقيل أقول يرد على الوجه الاول أن عدم دعاء القليل إلى الكثير جار فيما سوى الخمر من الاشرية بالحرمة فان دعاء القليل إلى الكثير من خواص الخمر كما صرح به المصنف فيما مر حيث قال ولأن قليله يدعو إلى كثيره وهذا من خواص الخمر انتهى مع أنه اذا سكر ما سوى الخمر من الاشرية بالحرمة يحد بخلاف فعلم أنه لا تأثير لعدم دعاء القليل إلى الكثير في سقوط الحد عن السكران ويرد على الوجه الثاني أنه لو كان مراد المصنف ما يستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين لقال لما روي كما هو عادته المستمرة في الحوالة على ما مر من السنة ثم ان في كون ذلك المعنى مستفادا من الحديث المذكور خفاء جدا فضلا عن أن يكون مذكورا ههنا لأنى يفسر الإشارة إليه ههنا بقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل فالوجه هو الوجه الثالث وان آخره صاحب العناية في الذكركم لا يخفى على من تأمل في سياق كلام المصنف وراجع كلمات السلف كشيخ الاسلام وغيره في هذه المسئلة (قوله قالوا والاصح أنه يحد فإنه روى عن محمد بن قيس سكر من الاشرية أنه يحد من غير تفصيل) أقول تحرير المصنف ههنا لا يخلو عن ركازة اذا الظاهر أن مراده بقوله وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكرانه هل يحد في ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأن المذكور فيما قبل انما هو قولهما والمصنف الآن يحدد التفريق على ذلك وتكميله فيستدعي هذا أن يكون مدار قوله قبل لا يحد وقوله قالوا والاصح أنه يحد على قولهما فلا يناسب في تعليل قوله والاصح أنه يحد أن يقال فإنه روى عن محمد بن قيس سكر من الاشرية أنه يحد من غير تفصيل فان محمد اختلف في ما في أصل هذه المسئلة حيث لا يقول يحد المتخذ من الحبوب اذا اشتد وعلى فيجوز أن يقول بوجوب الحد اذا سكر منه وأما ما فيه قولان يحد ذلك كما تقدم أنفا فلا يكون المروى عن محمد حجة في حقه - ما وعن هذا ترك صاحب الكافي هذا التعليل واكتفى بما ذكره المصنف بعده بقوله وهذا لأن الفساق يجتمعون عليه الخ حيث قال وذكر في الهدياء ومبسوط شيخ الاسلام السيوطي والاصح أنه يحد لأن الفساق يجتمعون في زماننا على شربه كما يجتمعون على سائر الاشرية انتهى (قوله وعنه أنه كره ذلك)

ولأن السكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيرا كالخمر ولهم ما قوله عليه السلام حرمت الخمر
لعينها وروى بعينها قليلا وكثيرا والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر
إذا عطف للغيرة

أقول فيه ضرب اشكال وهو أنه قد مر في أول كتاب الكراهية أن كل مكروه حرام عند محمد رحمه الله
وقوله هنا وعنه أنه كره ذلك بعد أن صرح فيما قبل بأنه حرام عند محمد ومالك والشافعي يقتضي المغيرة
بين قول محمد بحرمة وبين قوله بكراهيته فينا في ما تقر في أوائل الكراهية فإن قلت نعم أن كل مكروه
حرام عند محمد ولكن بحرمة ظنية لا بحرمة قطعية فإنه إذا لم يجز نصا فاطعنا في حرمة شيء لم يطلق عليه لفظ
الحرام بل يطلق عليه لفظ المكروه كما تقر أيضا هناك فيجوز أن يكون مدار رواية الحرمة ورواية الكراهية
عنه فيما نحن فيه على قطعية الحرمة في أحدهما وظنية في الأخرى فلا تنافي بين المقامين قلت لا مجال
للقول بقطعية حرمة المثلث العنبي عند كون اجتهاد أبي حنيفة وأبي يوسف في حله لأن قطعية حرمة
الشيء تستلزم أن يكفر مستحلها وهذا لا يتصور فيما وقع فيه اجتهادنا فضلا عما وقع فيه اجتهاد مثل
أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله تعالى وعن هذا قالوا فيما سوى الخمر من الأشربة الثلاثة المحرمة
عند أئمتنا أجمع وعند عامة العلماء أن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر
مستحل الخمر لأن حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية كما مر من قبل في الكتاب مع أن اجتهادنا لا يباح فيها
انما وقع من نحو الأوزاعي وشريك وسائر أصحاب الطواهير فتحقق أن الحرمة المروية عن محمد في حق
المثلث العنبي انما هي الحرمة الاجتهادية التي مدارها الظن لا الحرمة القطعية فكيف يتصور المغيرة
بينها وبين الكراهية على أصل محمد ويمكن أن يقال معنى قولهم أن كل مكروه حرام عند محمد أن كل
مكروه كراهية التحريم حرام عند محمد لكن لا بدليل قطعي بل بدليل ظني خلافا لأبي حنيفة وأبي يوسف
فإن المكروه كراهية التحريم ليس بحرام أصلا عندهم ما بل إلى الحرام أقرب وأما المكروه كراهية
التنزيه فليس بحرام ولا إلى الحرام أقرب عند أحد وهذا كله يظهر بمراجعة كتب الأصول فيجوز
أن يكون المراد بالكراهية في قول المصنف ههنا وعنه أنه كره ذلك هو الكراهية التنزيهية وهي مغيرة
لحرمة على قول الكل فيندفع التنافي بين المقامين تأمل (قوله وله ما قوله صلى الله عليه وسلم حرمت
الخمر لعينها وروى بعينها قليلا وكثيرا والسكر من كل شراب) قال في النهاية وله ما أيضا قوله تعالى
انما الخمر والميسر الآية بين الله تعالى الحكمة في تحريم الخمر في هذه الآية وهي الصدع عن ذكر
الله تعالى وإثبات العداوة والبغضاء وهذه المعاني لا تحصل بشرب القليل ولو خلسنا وظاهر الآية
لقلنا لا يحرم القليل من الخمر أيضا ولكن تركنا قضية ظاهر الآية في قليل الخمر بالاجماع ولا اجماع
فمما عداه فبقى على ظاهر الآية انتهى أقول ينتقض هذا الاستدلال بما عدا الخمر من الأشربة
المحرمة الثلاثة فإن قليلها أيضا حرام عند أئمتنا فاطبة وعند مالك والشافعي وأكثر العلماء مع
أن المعاني المذكورة في الآية المزبورة لا تحصل بشرب قليلها كما لا يخفى (قوله خص السكر بالتحريم
في غير الخمر إذا عطف للغيرة) أقول الظاهر أن مراده بقوله خص السكر بالتحريم في غير الخمر قصر
التحريم على السكر في غير الخمر على أن تكون الباء داخلة على المقصور كما في قواهم خصصت فلانا بالذكر
على ما تقرر في موضعه أذهو المفيد لما عاها ههنا دون العكس كما لا يخفى على ذي مسكة لكن
فيه بحث وهو أن الاستدلال على مدعاهما في هذا الوجه كما يقتضي حل المثلث يقتضي أيضا
حل الأشربة الثلاثة غير الخمر وهذا ظاهر لزوما وبطلانا على أن استفادة قصر التحريم على
السكر في غير الخمر من منطوق لفظ الحديث المذكور مشكل واستفادته من مفهوم المخالفة خلاف

ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا

ليس مسكر على انفراده بل بما تقدم فينبغي ان يحرم ما تقدم ايضا اجيب بان الحكم يضاف الى العلة معنى وحكم وفيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما أولى والمجموع بهذه الصفة والاولى ان يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا

(قوله والاولى ان يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز) أقول اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير مجاز بلا شبهة وأما اطلاقه على المجموع من القدح الاخير وما تقدمه فليس مجاز والكلام فيه (قوله وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا) أقول ويقرب مما ذكره الشارح ما قاله الامام الترمذي في شرح الجامع الصغير لا يقال القدح الاخير مسكر بما تقدمه لان المسكر ما يتصل به السكر وهو كالتخم من الطعام فان المحرم هو التخم انتهى قال التفتازاني في التلويح ذهب المحققون الى أن الجزء الاول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم ويصير

المذهب فليتأمل (قوله ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا) فان قيل القدح الاخير انما يصير مسكرا بما تقدمه لا بانفراده فينبغي أن يحرم ما تقدم ايضا قلنا لما وجد السكر بشرب القدح الاخير اضمياف الحكم اليه لكونه علة معنى وحكما كذا ذكره جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على الجواب المذكور حيث قال فيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما أولى والمجموع بهذه الصفة انتهى أقول ان أراد بقوله والمجموع بهذه الصفة أن كل واحد من أجزاء المجموع بهذه الصفة فليس يصح اذ لا يخفى أن شيئا مما قبل الجزء الاخير ليس بعلة اسما ولا معنى ولا حكما اذ العلة اسما ما يضاف اليه الحكم والعلة معنى ما يؤثر في الحكم والعلة حكما ما يتصل به الحكم ولا يتراخى عنه كما عرف كله في علم الاصول ولا شك أن شيئا مما قبل الجزء الاخير ليس بصفة من هذه المعاني وان أراد بذلك أن المجموع من حيث هو مجموع بهذه الصفة كما هو الظاهر فهو لا يقدح في مطلوبنا هنا اذ لا ننكر حرمة مجموع الاقداح من حيث هو مجموع عند اشتماله على القدح المسكر وانما ننكر حرمة ما قبل القدح المسكر بانفراده نعم بقي الكلام في أن اضافة الحكم الى المجموع من حيث هو مجموع أولى أم الى الجزء الاخير وحده والظاهر في بادئ الرأي هو الاول لان الجزء الاخير وحده علة معنى وحكما لا اسما على ما هو المشهور في كتب الاصول والحكم انما يضاف الى العلة اسما لكن الفاضل التفتازاني قال في التلويح في مباحث العلة من باب الحكم ذهب المحققون الى أن الجزء الاول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم ويصير الحكم مضافا الى الجزء الاخير كالمثل في ان يقال السفينة والقدح الاخير في السكر انتهى وحينئذ يصير الجزء الاخير علة اسما ايضا كما أنه علة معنى وحكما فينتظم أمر اضافة الحكم اليه وحده بلا غبار ثم قال صاحب العناية والاولى ان يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى أقول ليس هذا بشئ قضى عن أن يكون أولى اذ ليس الكلام ههنا في اطلاق لفظ المسكر على شئ وعدم اطلاقه عليه حتى يفقد التشبث برجحان الحقيقة على المجاز شأ بل انما الكلام ههنا في أن المفسد للعقل هو القدح المسكر أي المزبل للعقل سواء أطلق عليه لفظ المسكر حقيقة أم لا دون غيره من الاقداح المتقدمة فكان الحرام هو القدح المزبل للعقل لا غير وبالجملة مدار الاستدلال ههنا على المعنى وهو ازالة العقل دون اللفظ فلما ورد السؤال بان القدح الاخير لا يزيل العقل بانفراده بل بما تقدم فكان لما تقدم من الاقداح مدخل ايضا في ازالة العقل فينبغي أن يحرم ايضا لم يقدح ان لفظ المسكر انما يطلق على ما تقدم مجازا وعلى القدح الاخير حقيقة شيئا في دفع ذلك السؤال أصلا وانما يمتشي ذلك في الجواب عن استدلال الخصم بقوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر ومجمله قول المصنف ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة وقصد بعض الفضلاء أن يرد على صاحب العناية قوله المذكور بوجه آخر فقال اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير وما تقدمه مجاز بلا شبهة وأما اطلاقه على المجموع من القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى أقول وهذا ايضا ليس بشئ لان اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير اذا كان مجازا بلا شبهة كيف يتصور أن يكون اطلاقه على المجموع حقيقة فان المجموع مشتمل على ما تقدم على القدح الاخير ايضا ولا شك أن اطلاق اللفظ على المجموع المركب مما هو حقيقة فيه ومما هو مجاز فيه لا يكون حقيقة لان الحقيقة هي الكلمة المستعملة فيما وضعت له والمجموع المركب مما وضعت له ومما لم توضع له ليس مما وضعت له قطعا ولو سلم أن يكون اطلاقه على المجموع من حيث هو مجموع حقيقة فلا يضرنا اذ لا يلزم من كون المجموع من حيث هو مجموع مسكرا كون المتقدم على القدح الاخير ايضا مسكرا حتى يلزم كون ما تقدم على القدح الاخير حراما ايضا تأمل تقف

وقوله (وانما يحرم القليل منه) أي من الخمر جواب سؤال يمكن تقريره على هذا الوجه وهو أن يقال لما كان المفسد هو الاخير دون ما تقدم وجب أن يكون في الخمر كذلك ويجوز أن يكون جوابا عن قولهم ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيرا وهذا واضح ووجه الجواب عن الأول أن القياس ذلك ولكن تركناه لأن الخمر لرقمتها واطافتها تدعو إلى الكثير فأعطى القليل حكم الكثير والمثلث ليس كذلك لغلظه وعلى الثاني بطريق الفرق وهو واضح وقوله (والحديث الأول) يعني قوله كل مسكر خمر ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الأخير وقوله (والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق) لم يذ كر اسمه لاختلاف وقع فيه فان منهم من سماه يوسفيا (١٦٥) ويعقوبيا لأن أبا يوسف رحمه الله كثيرا

ما كان يستعمل هذا ومنهم من سماه بختجا وجيدا قال لأنه منسوب إلى رجل اسمه جيد وهل يشترط لا باحته عندهما بعد ما صب الماء فيه أدنى طبخة اختلف المشايخ رحمه الله فيه واختاره المصنف رحمه الله وقوله (أو يذهب منهما) يعني تارة يذهب الماء أولا للطافته وتارة يذهب العصير والماء معا فلوزها معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث لانهما لما ذهب معا كان الذاهب من العصير أيضا ثلثين كالماء لكن لما لم يتيقن بذهابهما معا واحتمل ذهاب الماء أولا للطافته فلذا حرمه شربه احتياطا لأنه اذا ذهب الماء أولا كان الذاهب أقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا وهو الباذق وقوله (فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب) أي على القطع والبتات وقوله

وانما يحرم القليل منه لأنه يدور لرقمته واطافته إلى الكثير فأعطى حكمه والمثلث لغلظه لا يدور وهو في نفسه غذاء فبقى على الإباحة والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الأخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لأن صب الماء لا يزيد الاضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لأن الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الأصح لأن العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر

(قوله وانما يحرم القليل من الخمر لأنه يدور لرقمته واطافته إلى الكثير فأعطى حكمه) أقول فيه كلام وهو أن هذا التقرير يقتضي كون حرمة الخمر معللة وقد صرح فيما مر بان الخمر عينه حرام غير معلول عندنا بشئ لأن تعليله خلاف السنة المشهورة وهي قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب فكان الذي ينبغي ههنا أن يقال وانما يحرم القليل من الخمر لورود النص فيه وهو قوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها الحديث اللهم إلا أن يحمل كلام المصنف ههنا على التنزيل والزام الخصم بان يكون هذا الكلام منه جوابا عن قول الخصم ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيرا فتبصر (قوله والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه) قال بعض الفضلاء وكان على المصنف أن يتعرض للحديثين الأخيرين الذين رواهما ولم يفعل كأنه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما انتهى أقول توجيهه ليس بشئ لأن دلالة الحديثين الأخيرين رواهما الخصم على حرمة قليل ما أسكر كثيره انما هي بطريق العبارة ودلالة ما رواه المصنف من قبل أبي حنيفة وأبي يوسف على حل قليل ذلك انما هي بطريق الإشارة أو الاقتضاء وقد تقررت في علم الأصول أن عبارة النص ترجع على إشارة النص واقتضائه عند التعارض فان أراد ذلك الغايل بمعارضة ما رواه لهما المعارضة الموجهة للتساقط وهي المعارضة بدون الرجحان في أحد الجانبين فليس يصحح وان أرادهم بالمعارضة مع الرجحان في جانب الحديثين الذين رواهما الخصم فليس بغيره يدل محل كما لا يخفى (قوله لأن الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب) قال الشراح أي على القطع والبتات وقال بعض الفضلاء قوله أي على القطع والبتات فيه بحث لأن الحرمة تثبت بالشبهة انتهى أقول مسداده هذا البحث على عدم فهم مراد الشراح فان مرادهم بقوله هم أي على القطع والبتات تقييد المنفي في قول المصنف فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب لا تقييد المنفي فالمنعنى أن

(يكتفى بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله) هي رواية الحسن عنه وأنكرها المتقدمون من مشايخنا فقد روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف قال سمعت أبا حنيفة يقول انها لا تحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا أصح لما ذكره في الكتاب

(قال المصنف والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه) أقول وكان على المصنف أن يتعرض للحديثين الأخيرين الذين رواهما ولم يفعل كأنه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما (قوله وقوله فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب أي على القطع والبتات) أقول فيه بحث فإن الحرمة تثبت بالشبهة (قال المصنف ولو طبخ العنب كما هو) أقول أي كائن كالأذى هو عنب فالخبر محذوف وينبغي أن تكون الكاف زائدة (قال المصنف فصار كما بعد العصر) أقول أي صار حكم العصير بعد طبخ العنب حكم العصير بعد العصر قبل طبخ العنب والوجه أن يقال فصار الطبخ قبل العصر كالطبخ بعده في أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه

(قال ولا بأس بالانتباه في الدباء الخ) جوزاً كثيراً هل العلم الانتباه في الدباء وهو القرع والخنم وهو جوارجر أو خضر يحمل فيها الخمر إلى المدينة الواحدة حنمة والمرقت وهو الطرف المطلي بالرفق وهو القير والنقيير وهو الخشبية المنقورة لقوله صلى الله عليه وسلم نهيتكم عن ثلاث عن زيارة القبور فزوروها فقد أذن لمحمد في زيارة قبر أمه ولا تقولوا هجروا عن لحم الاضاحي أن تمسكوه فوق ثلاثة أيام فأمسكوا ما بدمكم وتزودوا (١٦٦) فانما نهيتكم ليتسع به موسعكم على معسركم وعن النبي في الدباء والخنم

والمرقت فاشربوا في كل طرف فان الطرف لا يحمل شيئا ولا يحرمه ولكن انما ينبذ فيه ان كان فيه خمر بعد التطهير على ما ذكر في الكتاب قال شيخ الاسلام رحمه الله في مبسوطه انما نهى عن هذه الاوعية على الخصوص لان الانبياء تشدد في هذه الظروف أكثر مما تشدد في غيرها يعني فصاحبها على خطر من الوقوع في شرب المحرم وقوله (واذا تخللت الخمر) يعني أن خل الخمر حلال عندنا سواء تخللت بنفسها أو خللت وقال الشافعي رحمه الله ان كان التخلل بالقاء شيء فيها كالمخ وغيره فهو حرام قولاً واحداً وان كان بالنقل من التل إلى الشمس وعكسه فله قولان وقال في الفرق ما ألقى في الخمر يتنجس بملاقاته الخمر والمتنجس لا يفيد الطهارة لغيره وليس فيما إذا تخللت بنفسها شيء من ذلك ودليله على أحد الوجهين ما ذكره في الكتاب ولما قوله عليه الصلاة والسلام نعم الآدم

ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحمل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفي فيه بأدنى طخعة فعصر العنب لا بد أن يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطاً وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب أدنى طخعة ثم أنقع فيه تمر أو زبيب أن كان ما أنقع فيه شيئاً يسيراً لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحمل كما اذا صب في المطبوخ قدح من النقيع والمانع تغليب جهة الحرمة ولا حدة في شربه لان التحريم للاحتياط وهو للحد في درته ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشهاد حتى يذهب ثلثاه لم يحمل لان الحرمة قد تقرر فلا ترتفع بالطبخ قال (ولا بأس بالانتباه في الدباء والخنم والمرقت والنقيير) لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل طرف فان الطرف لا يحمل شيئاً ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعدما أخبر عن النهي عنه فكان ناسخاً له وانما ينبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقاً يغسل ثلاثاً فيطهر وان كان جديداً لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند أبي يوسف يغسل ثلاثاً ويحفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عن أبي يوسف عملاً مرة بعد أخرى حتى اذا خرج الماء صافياً غير متغير يحكم بطهارته قال (واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها أو بشيء يطرح فيها ولا يكره تخليلها) وقال الشافعي يكره التخليل ولا يحمل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء فيه قولاً واحداً وان كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان له أن في التخليل اقتراباً من الخمر على وجه التناول والامر بالاجتناب ينافيه ولما قوله عليه السلام نعم الآدم الخل من غير فصل وقوله عليه السلام خير خلدكم خلد خمركم ولان التخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للصالح اعتباراً بالتخلل بنفسه وبالذباغ

ذهاب ثلثي ماء العنب على القطع والبتات لا يكون لان ذهاب ثلثي ماء العنب لا يكون على القطع والبتات وحاصله أن ذهاب ما القطعي لم يثبت لان عدم ذهاب ما قطعي فلما لم يثبت ذهاب ما على القطع والبتات بل احتمل أن يكون الذاهب أقل منه ما بأن يذهب الماء أولاً للطفافة فلما نجح به شرب ذلك العصر احتياطاً بناء على أن الحرمة تثبت بالشبهة فلا يحمل للبحث المذكور والفرق بين تعلق القصد بالنقي وبين تعلقه بالنقي في أمثال هذا المقام أصل كبير قد نبه عليه في مواضع شتى من علم البلاغة فكيف خفي على ذلك القائل (قوله ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحمل حتى يذهب ثلثاه) قال صاحب غاية البيان ولما في قوله أو بين التمر والزبيب نظر لان ماء الزبيب كما التمر يكتفي فيه بأدنى طخعة وقد صرح بذلك القدوري قبل هذا وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما أدنى طخعة حلال وان اشتد انتهي أقول وقول القدوري بعده ولا بأس بالتخليلين أنطهر في ترويح نظر صاحب الغاية من قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما أدنى طخعة حلال وان اشتد اذا قائل أن يقول يجوز أن يكون في الاجتماع ما لا يكون في الانفراد فلا يستلزم الحل في الثاني

الخل هو يتناول المختل والمحالة ولان التخليل اصلاح المفسد باثبات صفة الصلاح من حيث التغذي به والاقتراب وكسر الشهوة وتسكين الصفراء وغير ذلك واصلاح المفسد ان لم يكن واجباً فلا أقل من الاباحة والمنازع مكابر وقوله (وكذا الصالح للصالح) يجوز أن يكون معناه المختل صانع للصالح والاصلاح للصالح اعتباراً بالتخلل بنفسه وبالذباغ

(قال المصنف لان التمر ان كان يكتفي فيه بأدنى طخعة الخ) أقول هذا التعليل لا يفي بتمام ما ادعاه لظهور أنه لا يدل على المدعى الثاني ولعل الصحيح أو بين العنب والزبيب مكان بين التمر والزبيب فهي أول الناسخين وتبع الآخر للاولين

وقوله (والاقتراب لاعداد الفساد) جواب عن قوله ان في التخليل اقل فسادا من الخمر على وجه التمول ووجهه لان سئل انه على وجه التمول بل المنظور اليه اعداد الفساد وذلك بالاراقة جائز فبالتحليل اولى لما فيه من احراز مال بصير حلالا في المال وهذا ظاهر وما بعده الا المكابرة فان قيل فما تصنع بقوله صلى الله عليه وسلم لا ولكن ارفعها حين

(١٦٧)

سأله أبو طلحة عن تخليل خمر أيتام عنده وباروى أنه صلى الله عليه وسلم لم يمتدح أن يتخذ الخمر خلا أجيب عن الاول بان ذلك في ابتداء الخمر بم قعاهم أن يحوموا حول الخمر و كاحرم الانتباه في الاوعية المذكرة مع تصريحه ثانيا بان الطرف لا يحرمه ويوضحه انه عليه الصلاة والسلام أمر بكسر الدنان وشق الزقاق وعن الثاني أن المراد بالانتخاذ الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ الدواب كراشي فان المراد به الاستعمال ولما نزل قوله تعالى اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أربابا من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط فقال عليه السلام أليس كانوا بأمر ونهي ونوطيعونهم قال نعم فقال هو ذلك فسر الانتخاذ بالاستعمال دردى الخمر وغيرها ما يبق في أسفلها ومعناه يحرم شرب دردى الخمر والانتفاع به وانما خص الامتناع لانه تأثيرا في تحسين الشعر وقوله لما قلنا اشارة الى التعليل

والاقتراب لاعداد الفساد فاشبه الاراقة والتحليل اولى لما فيه من احراز مال بصير حلالا في الثاني فبحتماره من ابتلى به واذا صار الخمر خلا يظهر ما يواز به من الاناء ما أعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خير باس الا اذا غسل بالخل فيخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب فيه الخمر ثم مائي خلا يطهر في الحال على ما قالوا قال (وبكره شرب دردى الخمر والامتناع به) لان فيه أجزاء الخمر والانتفاع بالخمر حرام ولهذا لا يجوز أن يداوى به جرحا أو ديرة دابة ولا أن يسقى ذميا ولا أن يسقى صبييا للتداوى والوبال على من سقاه وكذا لا يسقى الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها أما اذا قيئت الى الخمر فلا بأس به كافي الكلب والميتة ولو ألقى الدردى في الخل لا بأس به لانه يصير خللا لكن يساح حل الخل اليه لانه عكسه لما قلنا قال (ولا يحمد شاربه) أي شارب الدردى (ان لم يسكر) وقال الشافعي بحمله لانه شرب جزأ من الخمر ولما أن قبله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فأشبهه غير الخمر من الاشربة ولا حذفها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثقل فصارت كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج (وبكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل) لانه انتفاع بالخمر ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقعة لا تؤكل انتجسها بها ولا حذفتها لم يسكر منه لانه أصابه الطبخ وبكره أكل خبز عن عجينه بالخمر لقيام أجزاء الخمر فيه

فصل في طبخ العصير والاصل أن ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل

الحل في الاول وقد تشبث صاحب الغاية في ترويح نظره بقول القديري الاول ولم يتعرض لقوله الثاني وكان صاحب الكافي فهم ركازة فيما ذكره المصنف ههنا حيث غير عبارته في الصورة الثانية فقال ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب بالطبخ منه ثلثاه انتهى ويحتمل أن يقع لفظ التمر في قول المصنف أو بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب سمعنا من نفس المصنف أو من النسخ الاول الا أنه يبقى نوع قصور في التعليل الذي ذكره ههنا عن افادة المدعي في الصورة الثانية على كل حال اذ لم يتعرض بالزبيب في التعليل قط ثم اعلم أن تاج الشريعة وجه ما وقع في نسخ الهداية ههنا حيث قال فان قلت هذا المعنى لا يتأتى في التمر والزبيب على ما قال في المختصر انه يكفي فيه ما بآدني طبخة قلت ان هذا على ما روى هشام في النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ انتهى واقتنى أثره العيني قلت ويؤيده ما ذكره في الفصل الثاني من كتاب الاشربة من المحيط البرهاني حيث قال فيه واذا طبخ الزبيب أدنى طبخة فهو النبيذ ويحل شربه مادام حلوا أو ما اذا غلى واشتد وقذف بالزبد فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية يحل الشرب وعلى قول محمد والشافعي رحمهما الله لا يحل وروى هشام في نوادره عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه ما لم يذهب الثلثان بالطبخ لا يحل انتهى والله الموفق

فصل في طبخ العصير قال جماعة من الشراح لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمير الحقة بالاشربة تعلما لابقاء ما هو حلال على حله وقال بعضهم لما ذكر فيما تقدم أن العصير لا يحل

المستفاد من قوله كافي الكلب والميتة (ولا يحمد شاربه الدردى ان لم يسكر) خلافا للشافعي قال لانه شرب جزأ من الخمر فيجب الحد ولنا الخ واضح
فصل في طبخ العصير لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمير الحقة بالاشربة تعلما لابقاء ما هو حلال على حله الدورق مكيا لالشرب وهو عجمي

قوله (وان كانا يذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه) قال في النهاية كان محمدا علم أن العصور على نوعين منه ما لو صب فيه الماء وطبخ يذهب الماء أولا ومنه ما اذا صب فيه الماء يذهبان معا ففصل الجواب فيه تفصيلا وحاصلا له أن الماء متى ما كان أسرع ذهابا فإنه يطبخ حتى يبقى ثلث العصور وان كانا يذهبان معا فإنه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل وقوله (ففي الوجه الاول) يعني ما يذهب فيه الماء أولا وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجملة قال شيخ الاسلام طريقي معرفته أن يجعل كل عشرة من الماء والعصور على ثلاثة أسهم لانك تحتاج الى أن تجعل عشرة دوارق عصور على ثلاثة حاجتك الى الثلث والثلثين فيكون الماء ستة والعصور ثلاثة والكل تسعة أسهم فاذا ذهب الماء أولا فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب (١٦٨) يجعل كان لم يكن لانه ما بقي العصور لا غير وهو ثلاثة أسهم فيطبخ حتى يذهب

ثلثاه فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنان فقد ذهب ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل وقوله (وفي الوجه الثاني) يعني الذي يذهب الماء والعصور معا (يطبخ حتى يذهب عشرون ويبقى عشرة) لانه يذهب بالغليان ثلثا العصور وثلثا الماء والباقي ثلث العصور وثلث الماء فهي وما لو صب الماء في العصور بعد ما صار مثلثا سواء وقوله (يحل) لانه أثر النار مثاله لو طبخ عصور حتى ذهب ثلاثة أخماسه وبقي خمسه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا بأس بذلك لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذي بقي من الحرارة بعد ما قطع عنه أثر تلك النار فهو وما لو صار مثلثا والنار تحته سواء هذا بخلاف ما اذا برد قبل أن يصير مثلثا ثم غلي واشتد حتى ذهب بالغليان منه شيء فإنه لا يحل لان الغليان بعد ما انقطع عنه

لان الذي يذهب زبدها هو العصور أو ما عجزه وأيا ما كان جعل كان العصور تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة وأصل آخر أن العصور اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء أسرع ذهابا بالرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذهاب الاول هو الماء والثاني العصور فلا بد من ذهاب ثلثي العصور وان كانا يذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصورا والثلث الباقي ماء وعصور فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصور بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصور وعشرون دوارق من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصور وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي بدفعة أو دفعات سواء اذا حصل قبل أن يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلي حتى ذهب الثلثان يحل لانه أثر النار وأصل آخر أن العصور اذا طبخ فذهب بعضه ثم أهرق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة أرطال عصور يطبخ حتى ذهب رطل ثم أهرق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصور كله وهو ثلاثة وثلاثون وتضربه فيما بقي بعد المنصب هو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشر بن علي ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت أن الحلال فيما بقي منه رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل

ما لم يذهب ثلثاه شرع يبين كيفية طبخ العصور الى أن يذهب ثلثاه (قوله لان الذي يذهب زبدها هو العصور أو ما عجزه وأيا ما كان جعل كان العصور تسعة فيكون ثلثها ثلاثة) أقول فيه شيء وهو أن وجه جعل العصور تسعة دوارق على تقدير أن يكون الذهاب زبدها هو العصور غير ظاهر اذا لا يكون حينئذ فرق بين الذهاب زبدها من عشرة دوارق وبين الباقي منها في كونها عصورا فاذا جاز اعتبار بعض منها وهو الذهاب زبدها في حكم العصور فلا أمر بوجه فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها أيضا في حكم العصور عند ذهابه بالطبخ والظاهر في تعميل هذا الاصل أن يقال لان الذي يذهب زبدها جعل كان لم يكن لان الزبد ليس بعصور فصار كالوصب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لم يعتبر الماء فكذلك هذا ويصح عن ذلك ما ذكره صاحب الغاية نقلا عن أصل محمد رحمه الله حيث قال قال محمد في الاصل عشرة دوارق عصور تصب في قدر فتطبخ فتغلي وتذوق بالزبد فجعل يأخذ ذلك الزبد حتى جمع من ذلك الزبد قدر دورق ثم يطبخ الباقي حتى يبقى ثلاثة دوارق وهو ثلث الباقي بعد الدورق الذي أخذ منه وذلك لان ما أخذ من الدورق زبد فجعل كأنه لم يكن لان الزبد ليس بعصور واذا لم يكن الزبد عصور يعتبر بما لو كان صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لا يعتبر الماء وانما يعتبر العصور وهي تسعة

أثر النار لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد صار محرما وقوله (بيانه عشرة أرطال عصور الى قوله فعرفت أن الحلال ما بقي منه ولها رطلان وتسعان) وهذا لان الرطل الذهاب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي وكان الباقي ان لم ينصب منه شيء تسعة أرطال فعرفنا أن كل رطل من ذلك في معنى رطل وتسع رطل لان الرطل الذهاب بالغليان يقسم على ما بقي أنساها فاذا انصب منه ثلاثة أرطال فهذا في المعنى ثلاثة أرطال وثلاثة أنساها رطل فيكون الباقي منه ستة أرطال وستة أنساها رطل فيطبخ حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسع أرطال (قوله وما ذهب يجعل) كان لم يكن لانه ما بقي العصور لا غير) أقول قوله لانه أي لان الشأن ولقطة ما في قوله ما بقي موصولة والله أعلم

وقوله (ولها طريق آخر) قبل هو أن يجعل الذاهب بالغلبان من الحرام لأنه انما يطبخ ليذهب الحرام ويبقى الحلال فثلثا عشرة أرطال حرام وهو ستة أرطال وثلثا رطل وثلثه حلال وهو ثلاثة أرطال وثلث رطل والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام والباقي تسعة أرطال والحلال منها ثلاثة أرطال وثلث رطل والحرام خمسة أرطال وثلثا رطل فاذا أرى بق ثلثه فهو من الحلال والحرام جميعا لأنه لا تعلق للذاهب عينا بالحلال أو بالحرام وكان الذاهب منه ما على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثا رطلان وتسع رطل ولورمت زيادة لا تكشاف فاجعل كل رطل تسعا احتياجا إلى حساب له ثلث وثلثه ثلث وهو تسعة فصارت أرطال الحلال ثلاثين سهما وقد أرى بق ثلثه وهو عشرة فيبقى عشرون وهو رطلان وتسع رطل

﴿ كتاب الصيد ﴾

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة (١٦٩) والصيد مما يورث السرور الا أنه قدم

الاشربة لحرمها اعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنها محاسن المكاسب وسببها يختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون الحاجة اليه وقد يكون اظهار الجلالة وقد يكون الفرح والصيد مصدر وقد يراد به المفعول وهو حلال وحرام لان الصائد اما أن يكون محرما أولا فان كان فهو حرام وان لم يكن فأما أن اصطاد في الحرم أولا فان اصطاد فيه فكذلك والافه وحلال اذا وجد خمسة عشر شرطا خسة في الصائد وهو أن يكون من أهل الذكاة وأن يوجد منه الارسال وأن لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وأن لا يترك التسمية عامدا وأن لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل آخر وخسة في السكاب أن يكون معلما

ولها طريق آخر وفيما كتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرهما من المسائل

﴿ كتاب الصيد ﴾

قال الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حلالتم فاصطادوا

دوارق فكذلك هذا الى هنا لفظه (قوله وفيما كتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرهما من المسائل) قلت فيه ايها لطيف الكتابية المسمى أحدهم ما بكفاية المنتهى والاخر بالهداية

﴿ كتاب الصيد ﴾

قال صاحب غاية البيان مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي تورث السرور والنشاط في الآدمي الا أن السرور في الاشربة المباحة أكثر لانه بأمر يدخل في الباطن والسرور في الصيد بأمر خارجي فكان الاول أقوى وصار بالتقديم أولى انتهى أقول فيه نظرا ما أولا فلان وضع كتاب الاشربة لبيان الاشربة المحرمة دون الاشربة المباحة والاذا ذكر فيه كل اشربة مباحة على التفصيل مع أنه لم يذكر فيه من الاشربة المباحة الا بذكر قليل له مناسبة مع بعض الاشربة المحرمة في وجهه ما حتى وقع لاجله الخلاف من بعض العلماء في حله على أنهم صرحوا في أول كتاب الاشربة بأن الاشربة بجميع شراب والشراب عند أهل الشرع اسم لما هو حرام من المسائعات فقام معنى قوله ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي تورث السرور وأما ثانيا فلان ما ذكره هنا لا يناسب ما ذكره في أول كتاب الاشربة فانه قال هناك ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق ولكن قدم الشرب لانه حلال والاشربة فيها الحرام كالخمر انتهى فقد جعل هناك وجه تأخير الاشربة عن الشرب حرمتها وجعل هنا وجه مناسبتها بالصيد اباحتها مع ايراث السرور فيبين كلاميه في المقامين تناقرا لا يخفى فالوجه الظاهر في مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة وفي تقديم الاشربة على الصيد ما ذكر في الشروح الاخر فراجعها (قوله الصيد هو الاصطياد ويطلق على ما يصاد) يعني أن الصيد مصدر بمعنى الاصطياد وهو أخذ الصيد كالاحتطاب وهو

(٢٢ - تكمله ثامن)

وأما يذهب على سنن الارسال وأن لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وأن يقتله جرحا وأن لا يأكل منه وخسة في الصيد أن لا يكون من الحشرات وأن لا يكون من نبات الماء الا السمك وأن يمنع نفسه بمجانحه أو قوائمه وأن لا يكون متقويا بأبوابه أو بمخلبه وأن يموت بهذا

﴿ كتاب الصيد ﴾

مرفى فصل جنابة الصيد من كتاب الحج تعريفا للصيد (قوله من حيث ان كل واحد من الاشربة) أقول ومن حيث ان الصيد من الاطعمة ومناسبتها للاشربة غير خفية ثم كما أن منها حلالا وحراما كذلك من الصيد ما هو حلال وحرام (قوله الا أنه قدم الاشربة) أقول لا يقال كونها مع الشرب شبعنا عرق واحد يكفي في وجه تقديمها على الصيد لانه لم يدع أحدهم الكفاية وانما المقصود ابداء وجه آخر ولا مشاحة فيه (قوله وان يموت بهذا) أقول قوله وان يموت بهذا مستدرك بعد قوله وان يقتله جرحا

قبل أن يصل إلى ذبحه كذا في النهاية منسوب إلى الخلاصة وفيه تسامح لأن هذا شرط الاصطياد لا كل الكلب لا غير على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم كالواشتغل بعمل (١٧٠) آخر لكن أدركه حياف ذبحه وكذا إذا لم يموت بهذا الكلب

وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما

أخذ الخطب ثم برأيه ما يصاد مجازا لاطلاق الاسم المصدر على المفعول وهو الممتنع المتوحش عن الأذى بأصل الخلقة ما كولا كان أو غيرا كقول كذا في غاية البيان قال في الخلاصة وانما يحل الصيد بخمسة عشر شرطا خمسة في الصيد وهو أن يكون من أهل الذكاة وأن يوجد منه الأرسال وأن لا يشاركه في الأرسال من لا يحل صيده وأن لا يترك التسمية عامدا وأن لا يشتغل بين الأرسال والاختصاص بعمل وخمسة في الكلب منها أن يكون معلما وأن يذهب على سنن الأرسال وأن لا يشاركه في الاختصاص لا يحل صيده وأن يقتله جرحا وأن لا يأكل منه وخمسة في الصيد منها أن لا يكون متفويا بأن يصابه أو يخلبه وأن لا يكون من الحشرات وأن لا يكون من نبات الماء سوى السمك وأن يمنع نفسه بجناحه أو قوائمه وأن يموت بهذا قبل أن يوصل إلى ذبحه انتهى وذكر هذه الشروط في النهاية وغاية البيان أيضا نقلنا عن الخلاصة وذكرها صاحب العناية أيضا وقال كذا في النهاية منسوب إلى الخلاصة وقدح بعض الفضلاء في واحد من هاتيك الشروط حيث قال قوله وأن يموت بهذا قبل أن يوصل إلى ذبحه مستدركا بعد قوله وأن يقتله جرحا انتهى أقول لاستدراكه فيه لأن الشرط الذي أريد بقوله وأن يقتله جرحا ليس مجرد قتله بل قتله جرحا والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقا فإنه لا يحل أكله حينئذ كما يستفاد عليه وكذا الشرط الذي أريد بقوله وأن يموت بهذا قبل أن يوصل إلى ذبحه ليس مجرد موته بل موته قبل أن يوصل إلى ذبحه إذ لو مات بذلك بعد أن يصل المرسل إلى ذبحه لم يحل أكله إن لم يذبحه المرسل كما ستعرفه أيضا ولا شك أن اشتراط أن يقتله الكلب جرحا لا يغني عن اشتراط أن يموت الصيد بجرح الكلب قبل أن يصل المرسل إلى ذبحه لجواز أن يقتله الكلب جرحا بعد أن يصل المرسل إلى ذبحه حينئذ لا يحل أكله فلا بد من بيان الشرط الآخر أيضا على الاستقلال وطعن صاحب العناية في جملة ما نقل عن الخلاصة حيث قال فيه تسامح لأن هذا شرط الاصطياد لا كل الكلب لا غير على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم كالواشتغل بعمل آخر لكن أدركه حياف ذبحه وكذا إذا لم يموت بهذا الكلب فإنه صيد وهو حلال انتهى أقول يمكن أن يعتذر عما ذكره في علاوته بأن الكلام في شرائط حل الصيد المحض وهو الذي لم يدركه الصيد بجرحا بل مات بجرح آله الصيد كالكلب والبازي والرمي وصار مذبوحا بالذبح الاضطرابي وما أدركه حياف ذبحه لا يكون صيدا محض بل يصير لمخاضا لما يذبح بالذبح الاختياري فيكون خارجا عن محل الاشتراط وطعن بعض الفضلاء في قول صاحب العناية فيه تسامح لأن هذا شرط الاصطياد لا كل الكلب حيث قال فيه تسامح بل شرط حل الصيد أقول الظاهر أن مراد صاحب العناية بالاصطياد في قوله لأن هذا شرط الاصطياد لا كل الكلب هو الاصطياد الشرعي وهو ما كان حلالا فيقول معنى قوله شرط الاصطياد إلى شرط حل الصيد فإن عد هذا تسامحا فهو من قبيل التسامح في التعبير بناء على ظهور المراد ولا يبالى بمثله بخلاف ما ذكره صاحب العناية من التسامح في كلام صاحب الخلاصة فإنه راجع إلى المعنى تدبر تفهم ثم قصد ذلك البعض دفع ما ذكره صاحب العناية في علاوته حيث قال مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه آله غيره فليتنامل انتهى أقول لا يذهب عليك أن كلام صاحب الخلاصة مع عدم مساعدته لهذا التقييد وعدم قيام قرينة عليه لا يدفع كون مراده هذا المعنى التسامح الذي حاصله التقصير في البيان فإنه لا وجه لبيان شرائط حل نوع مخصوص من أنواع الصيد وترك بيان شرائط سائر أنواعه بلا ضرورة داعية إليه (قوله وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) مد التحريم إلى غاية فاقضى الإباحة فيما وراء تلك الغاية كذا

ذبحه فإنه صيد وهو حلال وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى وإذا حملتم فاصطادوا فإن أدنى مرتبة الأمر الإباحة وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فإنه يدل على الحل إذا زال الإحرام

(قوله قبل أن يصل إلى ذبحه) أقول واللا يكون صيدا محضا والكلام في حله (قوله وفيه تسامح) لأن هذا شرط الاصطياد لا كل الكلب (أقول) فيه تسامح بل شرط حل الصيد (قوله لا غير) أقول يعني لا غير من سباع الطيور (قوله على أنه لو انتفى بعضه لم يحرم الخ) أقول مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه آله غيره فليتنامل (قوله وكذا إذا لم يموت بهذا) أقول ناظر إلى قوله وأن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه (قال المصنف وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) أقول مادام لتوقيت فعل عمدة ثبوت مصدر خبرها ما عل ذلك المصدر فأنتم في قولك

واقوله

اجلس مادام زيد قائما أو مؤقت جالس المخاطب عمدة ثبوت قيام أبي زيد وما التي في مادام مصدرية والمضاف الذي هو الزمان محذوف أي مدة دوام قيام أبي زيد كذا في شرح الرضي

وفيه نظرا لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة ولو ذكر مكانه أحل لكم صيد البحر كان أنسب وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم على ما ذكر في الكتاب ولم يرو خلاف لاحد في إباحته فكان إجماعا وقوله (ولانه نوعا ككتاب والا ككتاب مباح كالا حنطاب) استدلال بالمعقول

فصل في الجوارح قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لما أن آلة الصيد هنا حيوان وفي الرمي جاد ولافاضل تقدم على المفضل قال (ويجوز الاصطياد بالكل المعلم الخ) ويجوز الاصطياد بالكل المعلم (١٧١) والفهد المعلم والبازي المعلم وسائر الجوارح

المعلم وهذا بمعمومه يتناول الاسد والثوب والذب والخنزير والكن الخنزير لكونه نجس العين لا يجوز الانتفاع به وكان ذلك مع ما لو مال كل أحد فلم يستثنه والباقي ان أمكن تعليمها جاز الاصطياد بها لكنهم قالوا لا يمكن تعليم الاسد والذب لان من عادتهما أنهم ما إذا أمسك صيدا لا يأكله في الحال والنعم انما يتحقق بترك الأكل فلا يعلم أنه ترك عادة أو تعلمها ولان التعليم لان ذلك لا يغبر والاسد لعلو همته لا يفعل ذلك والذب لحساسته ولهذا استثناهما أبو يوسف رحمه الله وألحق بعضهم الحدأة بالذب لمعنى الحساسة وانما أورد رواية الجامع الصغير لقوله ولاخير فيما سوى ذلك أي فيما سوى المعلمة من ذى ناب من السباع وذى مخالب من الطير فلا بأس بصيده ولاخير فيما سوى ذلك

ولقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه إذا أرسلت كلبك المعلم وذ كرت اسم الله عليه فكل وإن أكل منه فلا تأكل لانه انما أمسك على نفسه وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فأنك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيره وعلى إباحته انفة الإجماع ولانه نوعا ككتاب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استنباه المكلف وتمكينه من إقامة التكليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان أحدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح قال (ويجوز الاصطياد بالكل المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذى ناب من السباع وذى مخالب من الطير فلا بأس بصيده ولاخير فيما سوى ذلك إلا أن تدرك ذكاته)

قالوا واغترض عليه صاحب العناية حيث قال فيه نظرا لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة اه أقول لان سلم أن مفهوم الغاية ليس بحجة بل هو حجة بالاتفاق كإلصاقه بالعلامة التفتنا في التلويح في باب المعارضة والترجيح بصدد بيان الخلل لدفع التعارض بين قراءة التشديد وقراءة التخفيف في قوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن

فصل في الجوارح قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لان آلة الصيد هنا حيوان وفي الرمي جاد وللحيوان فضل على الجاد والفاضل يقدم على المفضل كذا في الشروح (قوله وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذى ناب من السباع وذى مخالب من الطير فلا بأس بصيده ولاخير فيما سوى ذلك إلا أن تدرك ذكاته) قال صاحب العناية انما أورد رواية الجامع الصغير بقوله ولاخير فيما سوى ذلك أي فيما سوى المعلمة من ذى الناب والمخالب فان رواية القدوري تدل على الإثبات لا غير ورواية الجامع الصغير تدل على الإثبات والنفي جميعا انتهى أقول فيه شيء اذ قد صرحوا في شروح هذا الكتاب وغيرها بأن تخصيص النفي بالذ كرت في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق فرواية القدوري أيضا تدل على إثبات جواز الاصطياد بما ذكر وتبي جوازه فيما سوى ذلك فلا يتم قوله ان رواية القدوري تدل على الإثبات لا غير اللهم إلا أن يكون مراده أن رواية القدوري تدل بمنطوقها على الإثبات لا غير وان دلت بلفظها على النفي أيضا وأما رواية الجامع الصغير فتدل بمنطوقها على الإثبات والنفي معا لكن لا يظهر حينئذ في إيراد رواية الجامع الصغير كبري نفع كما لا يخفى قال جماعة من الشراح انما ذكر في الجامع الصغير بلفظ لا بأس مع ثبوت إباحة الاصطياد بالكتاب لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح قد خص منه البعض وهو الخنزير والاسد والذب والنص اذا خص منه البعض يصير ظاهرا فتمكن فيه الشبهة كما عرف في الأصول فلذلك ذكر بلفظ لا بأس انتهى أقول فيه نظرا لان الخنزير مخصوص من النص المذكور بالعقل لانه نجس العين والعقل يدل على عدم جواز الانتفاع بالنجس وقد عرف في علم الأصول أن النص الذي خص منه شيء بالعقل لا يصير ظاهرا بل يكون قطعيا لكونه في حكم الاستثناء وقد أشار إليه

(قوله وفيه نظرا لانه

استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة) أقول في التلويح مفهوم الغاية حجة بالاتفاق مع أنه يجوز أن يكون المقصود بيان حرمة المحرم المعلومة من قوله لغیر المحرم وثبت جوازه لغیر المحرم بالإباحة الأصلية ولقوله تعالى خلق لكم ما في الأرض جميعا انتهى وفيه بحث اذ الكلام في حل الفعل ثم لو ثبت الجواز بالإباحة الأصلية لم ينجح الى الدليل وذلك لان الأصل في الحل بالذبح هو الذبح الاختباري والاضطراري على خلاف الأصل

فصل في الجوارح (قوله فان رواية القدوري تدل الخ) أقول تعليل لقوله وانما أورد رواية الجامع الصغير

(والاضل في ذلك) أي في جواز الاصططاد بالمد كور قوله تعالى وماعلمتم من الجوارح مكليين وذلك لانه معطوف على قوله تعالى أحل لكم الطيبات أي أحل لكم الطيبات وصيد ما علمتم وفيه نظر لان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم والجواب أن ذلك اذا بدل الدليل على القرآن وههنا قد دل فان قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات جواب عن قوله يسألونك ماذا أحل لهم فان لم يكن وماعلمتم من الجوارح مقارناله لم يكن ذكره على ما ينبغي ويجوز أن يكون (١٧٣) وماعلمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما أمسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالجمل عليه أولى

والاصل فيه قوله تعالى وماعلمتم من الجوارح مكليين والجوارح الكواسب قال في تأويل المنكبين المسلمطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما رويناه من حديث عدي

المصنف بقوله فيما بعد والخزير مستثنى لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به وأما الاسد والدب فليس ابدا خلين رأسا في النص المذكور لانهم صرحوا بأن الاسد والدب لا يصلحان للتعليم لانهما لا يعملان للغير فلم يدخل تحت قوله تعالى وماعلمتم من الجوارح ولا يخفى أن تخصيص شيء من شيء فرع دخوله فيه أولا فاذا لم يدخل في النص المذكور لم يكونا مخصوصين منه ولئن سلم كون كل من تلك الثلاثة مخصوصا من النص المذكور وكون تخصيص كل واحد منهما منه بالكلام المستقل دون العقل فلا نسلم كون ذلك النص بعده ظنية اذ قد تقرر في علم الاصول أن العام الذي أخرج منه البعض بكلام مستقل انما يصير ظنية اذا كان المخرج موصولا بذلك وأما اذا لم يكن موصولا به فيكون قطعيا في الباقي ويطلق على مثل هذا الاخراج في عرف أهل الاصول التسخير دون التخصيص ولا شك أن مخرج تلك الجوارح الثلاثة من النص المزبور ليس بموصول بذلك النص فلا يصير ظنيا لا محالة تبصر (قوله والاصل فيه قوله تعالى وماعلمتم من الجوارح مكليين) وذلك لانه عطف على الطيبات في قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات أي أحل لكم الطيبات وصيد ما علمتم من الجوارح فحذف المضاف كذا في الكافي والشروح قال صاحب العناية بعد ذلك فيه نظر لان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم والجواب أن ذلك اذا لم يدل الدليل على القرآن وههنا قد دل فان قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات جواب عن قوله تعالى يسألونك ماذا أحل لهم فان لم يكن وماعلمتم من الجوارح مقارناله لم يكن ذكره على ما ينبغي افتمى أقول نظره فاسد وجوابه كاسد أما الاول فلان اشتراط المعطوف مع المعطوف عليه في الحكم السابق واجب لا محالة مقرر في علم النحو بلا ريب فيلزم في الآية المذكورة الاشتراط في حكم الاحلال ضرورة وقول الاصوليين القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم ليس بانكارا لمثل هذه القاعدة المقررة في علم النحو بل معناه أن مجرد المقارنة في النظم لا يوجب المقارنة في الحكم بدون أن يتحقق أمر مقتض للمقارنة في الحكم أيضا وفيما نحن فيه قد تحقق ذلك وهو قضية العطف وأما الثاني فلان لقائل أن يقول انما يلزم من أن لا يكون وماعلمتم من الجوارح مقارنالا حل لكم الطيبات أن لا يكون ذكره على ما ينبغي لو كان وماعلمتم من الجوارح داخل تحت جواب قوله تعالى يسألونك ماذا أحل لهم ومن يقول ان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم كيف يسلم ذلك بل يقول يجوز أن يكون جواب ذلك قل أحل لكم الطيبات فقط ويكون ما بعده كلاما مستقلا مسوقا لبيان حكم جديد ولا فائدة فائدة أخرى ثم قال صاحب العناية ويجوز أن يكون وماعلمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما أمسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالجمل عليه أولى انتهى أقول في تفريع قوله فالجمل عليه أولى خلل لان الاعتراض المذكور لا يرد على معنى الآية بالنفسير الاول بل على الاستدلال به على مسئلتنا هذه ولا يخفى أن تعين معنى الآية أو رجحان أحد احتمليها لا يتوقف على تمام الاستدلال به ابل الامر بالعكس فبما معنى تفريع قوله فالجمل عليه أولى على قوله وهو سالم عن الاعتراض المذكور (قوله والجوارح الكواسب قال في تأويل والمنكبين المسلمطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما رويناه من حديث عدي)

والجوارح الكواسب من سباع البهائم والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقروالبازي والشاهين وغيرهما قال الله تعالى أم حسب الذين اجترحوا السيئات وانما قال في تأويل لانه في تأويل أخرى التي تخرج من الجراحة والمنكبين بمعنى المسلمطين فيتناول الكل بعمومه ولكن لما كان التأديب غالبا في الكلاب اشتق من لفظه وفيه اشارة الى نفي ما ذهب اليه ابن عمر ومجاهد رضي الله عنهم أنه لا يجوز الاصططاد

(قوله لانه معطوف على قوله أحل لكم الطيبات) أقول فيه تسامح لانه معطوف على الطيبات (قوله وصيد ما علمتم) أقول والفريضة على تقدير الصيد قوله تعالى فكلوا مما أمسكن فليفهم (قوله وفيه نظر لان القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم) أقول ليس ذلك من القرآن في النظم لان

قوله تعالى وماعلمتم من الجوارح مفرد معطوف على الطيبات بتقدير المضاف فيشتركان في حكم الاحلال رضى ضرورة (قوله ولكن لما كان التأديب غالبا في الكلاب اشتق من لفظه) أقول فان قيل ما الحاجة الى هذا العذر بعدما ذكره المصنف من أن اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد قلنا ليتناول جوارح الطيور فالمراد بالكلب في قوله في الكلاب ما يعم كل سبع عقور ذي ناب فليتامل (قال المصنف دل عليه ما رويناه من حديث عدي) أقول لكن لا دلالة فيه على عموم جوارح الطيور بخلاف الآية

وقال واسم الكلب يقع في اللغة على كل سبع حتى الاسد ومنه قوله عليه الصلاة والسلام في دعائه اللهم سلط عليه كابا من كلابك فاقرسه
الاسد وقوله (وعن أبي يوسف رحمه الله) متعلق بقوله فيتناول الكل بعمومه وقوله (ولان آية تعليمه ترك ما هو مألوفه عادة) قيل
فيه نظر لان هذا الفرق لا يتأني في الفهد والنمر فانه متوحش كالباري ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمتعمد هو الاول وليس بوارد
لانه انما ذكره فرقاً بين الكلب والباري لا غير وذلك صحيح واذا (١٧٣) أريد الفرق عموماً فالمتعمد هو الاول

(قوله قبل فيه نظر) أقول
القائل صاحب النهاية
وصاحب الكفاية وصاحب
معراج الدراية (قوله وليس
بوارد لانه انما ذكره فرقاً بين
الباري والكلب) أقول لا يخفى
عليك ما في ذكره من البعد
واتركا كة فان كلاً الدليلين
لأبنا الفرق بين الكلب
والباري واذا علم الكلب في
الاول لسائر ذوات الناب ففي
الثاني يكون كذلك ولعل
الاولى أن يجاب بأنه لما
كانت ذوات الناب كلها جنساً
واحداً وكان أكثر ما يستعمل
منها في الصيد ألوفاً مع أن
في طبع غيره آلاف أيضاً
على ما تراه في الذئب والاسد
وغيرهما اذ اربى من صغره
في البيت بخلاف جوارح
الطيور جعل الكل في حكم
واحد في التعليم يعني أدبر
حكم التعليم على جنس
الكل تيسيراً كما في نظائره
فليتأمل (قال المصنف ولان
بدن الباري لا يحتمل الضرب)
أقول يعني لا يمكن تعليمه
بترك الاكل بالضرر حاله
الاكل وجنته لا تحتمل
الضرب فاما جنة الكلب
فمحتملة (قال المصنف

رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن أبي يوسف فإنه استثنى
من ذلك الاسد والذب لانهم لا يعلمون لان غيرهما الاسد لما لوهمته والذب لخساسته وألحق بهما
بعضهم الحدأة لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد
من التعليم لان ما تلونان النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة
بالتعليم ليكون عاملاً فيترسل بارساله ويملكه عليه قال (تعليم الكلب أن يترك الاكل
ثلاث مرات وتعليم الباري أن يرجع ويحبب اذا دعونه) وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله
عنهما ولان بدن الباري لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمل الضرب لانه يترك ما هو مألوفه عادة
والباري متوحش متنفّر فكانت الاجابة آية تعليمه وأما الكلب
فهو ألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك ما لوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك
الاكل ثلاثاً وهو ذا عندهما وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لان فيه ادونه مزيد الاحتمال فلهذا تركه
مرة أو مرتين شبهة فاذا تركه ثلاثاً دل على أنه صار عادة وهذا لان الثلاث مدة ضربت للاختبار
وابلاء الاعذار

قال صاحب العناية واستدل المصنف على صحة التأويل بعموم حديث عدي بن حاتم أقول لا صحة
لهذا الكلام اذ لا يذهب على ذي مسكة أن ليس مقصود المصنف بيان صحة تأويل دون صحة تأويل
آخر اذ لا تنافي بين التأويلين كما سيجي في الكتاب وأيضاً عموم حديث عدي لا ينافي التأويل الآخر
وهو أن يكون الجوارح هي التي تجرح من الجراحة بل يوافقها أيضاً فامعنى الاستدلال بعمومه
على صحة تأويل دون آخر فالظاهر أن مراد المصنف بقوله دل عليه ما روينا من حديث عدي انما
هو الاستدلال على تناول ما في الآية الكل بحديث عدي بن حاتم فالمعنى دل على تناول الكل ما روينا
من حديث عدي وبينه بقوله واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد لكن بقي شيء في
كلام المصنف وهو أن المدعى جواز الاصطياذ بكل شيء علمه من ذي ناب من السباع وذئ مخلب من الطير
فالمراد بالتناول في قوله فيتناول الكل بعمومه انما هو تناول لكل ما في المدعى ولا يخفى أن حديث عدي
لا يدل عليه لانه لا يتناول جوارح الطيور وانما يتناول جوارح السباع على تقدير أن يراد بالكل
المذكور فيه كل ذي سبع دون النوع المعين المعروف (قوله لان ما تلونان النص ينطق باشتراط
التعليم والحديث به وبالارسال) أقول فيه نوع شبهة لان كون ما تلونان من الآية ناطقاً بالتعليم وما
رواه من الحديث ناطقاً بالتعليم وبالارسال لا كلام فيه وأما كون ما تلونان من الآية ناطقاً باشتراط التعليم
وكون ما رواه من الحديث ناطقاً باشتراط التعليم كما هو المدعى ههنا وباشتراط الارسال أيضاً فليس
بظاهر وانما يدلان على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا في الأدلة الشرعية
كما عرف (قوله ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والباري متوحش متنفّر فكانت الاجابة آية
تعليمه وأما الكلب فهو ألوف عادة يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك ما لوفه وهو الاكل والاستلاب)

فيضرب ليركه) أقول فان قيل وجوب ترك الاكل لصيرورة الكلب معلماً انما هو لان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة فلا بد من ملاحظة
الدليل الثاني في اتمام الاول فيفوت استقلاله قلنا بل يثبت ذلك بقوله تعالى فكلوا مما أمسكن أي لم يأكل اذ يعلم منه أن ترك الاكل
شرط في حل أكل الصيد فلا تنس الحاجة الى تلك الملاحظة وفيه بحث اذ دلالة فيه على كون الامساك شرطاً للتعليم كما لا يخفى
على المتأمل والاعم في الطير

كافي مدة الخبار وفي بعض قصص الاخبار ولان الكثرة هو الذي يقع اشارة على العلم دون القليل
والجمع هو الكثير وادناه الثلاث فقد ربحها وعند أبي حنيفة على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم
ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلاث لان المقادير لا تعرف اجتهاد ابل نسا وسماعا
ولا سمع فينقض الى رأي المتنبي كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده
ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث
صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله انه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد
جارية معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال
(واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذ كراسم الله تعالى عند ارساله فأخذ الصيد وجره فبات حل
أكله) لما روي من حديث عدي رضي الله عنه ولان الكلب أو البازي آله والذبح لا يحصل بمجرد الآلة
الا بالاستعمال وذلك فيهم ما بالارسال فنزل منزلة الرمي واصرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه
ناسيا حل أيضا على ما بيناه وحرمة متروكة التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية
ليتحقق الذكاة الاضطراري وهو الجرح في أي موضع كان من البدن بانساب ما وجد من الآلة اليه
بالاستعمال

قال صاحب النهاية ولكن هذا الفرق لا يتأني في الفهد والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه
وفي الكلب سواء فالعتمد هو الاول كذا في المبسوط انتهى واقتنى أثره صاحب الكفاية ومعرّاج
الدراية وزعم صاحب العناية انه ليس بوارد حيث قال قبل فيه نظرا لان هذا الفرق لا يتأني في الفهد
والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره
فرق بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا أريد الفرق عموما فالعتمد هو الاول الى هنا لفظه أقول
ما قاله عذر بارد وتوجيه كاسد لان اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع كما ذكره المصنف فبما صر
أنفا والظاهر أن المراد بالكلب في المدعى ههنا هو المعنى العام لكل سبع لا الكلب المخصوص والابلزم
أن يترك بيان حال تعليم سائر السباع بالكلية فالمراد في التعليل أيضا هو الفرق عموما والذي يفيد الفرق
عموما هو التعليل الاول دون الثاني فالعتمد هو الاول كما ذكر في عامة المعتبرات حتى المبسوط ثم ان بعض
الفضلاء بعد أن تنبه لما قاله صاحب العناية من الركاكة قال ولعل الاولى أن يجاب بأنه لما كانت
ذوات الناب كلها جنسا واحدا وكان أكثر ما يستعمل منها في الصيد ألوف فامع أن في طبع غيره الالف
أيضا على ما تراه في الذئب والاسد وغيرهما اذ اربى من صغره في البيت بخلاف جوارح الطير جعل
الكل في حكم واحد في التعليم يعني أدبر حكم التعليل على جنس الكلب تيسيرا كما في نظائره فليتأمل
اه أقول ليس هذا أيضا بسديد اذ بعد ما تقر بأن الفهد والنمر مما لا يتأني فيه الالف بل هما متوحشان
كالبازي لا يكون جعل أنواع الكلب كلها في حكم واحد وإدارة حكم التعليل على جنس الكلب من
باب التيسير بل يكون من باب التعسير والتشديد بل يلزم اذ ذلك أن يجعل المتوحش على الالف وهو
غير ميسر لا محالة ثم أقول بقي شيء في التعليل الاول أيضا وهو أنه قد ذكر في عامة المعتبرات أن شمس
الائمة السرخسي قال ناقلا عن شيخه شمس الائمة الحلواني للفهد خصال ينبغي لكل عاقل أن يأخذ
ذلك منه وعدمها أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك
فقد ظهر منه أن تحمل بدن الفهد للضرب لا يجدي شيئا في حق تعليمه وقد كان مدار الفرق بين البازي
والكلب في التعليل الاول هو أن بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فبرده عليه أن
مجرد احتمال بدن الكلب للضرب لا يفيد المدعى في حق الفهد اذ هو غير مؤثر في حق تعليمه فتأمل

وقوله (وفي بعض قصص
الاخبار) قيل أراد به حكاية
موسى مع الخضر عليه ما
السلامة والسلام حيث
قال في الكثرة الثالثة هذا
فراق بيني وبينك وقوله
(كما هو أصله في جنسها)
أي أصل أبي حنيفة رحمه
الله في جنس المقادير نحو
حبس الغريم ووجد التهام
وتقدير ما غلب في نزح ماء
البئر المعينة وقوله (وله
أنه آية تعليمه عنده) أي
أن تركه الاكل علامة تعليمه
عند الثالث لانه انما يحكم
بكونه معلما بطريق تعيين
امساكه الثالث على صاحبه
واذا حكمنا أنه مسكه على
صاحبه وقد أخذه بعد
ارسال صاحبه فيحل وقوله
(قطاها الرواية) يريد رواية
الزيادات فانه قال لو قتل
الكلب أو البازي الصيد
من غير جرح لا يحل وأشار
في الاصل الى أنه يحل
والفتوى على ظاهر الرواية
(قال المصنف كافي مدة
الخبار) أقول لا ينقض
هذا على مذهبهما

وقوله (في تأويل) يعني غير ما أولناه أولا وهـ وقوله والجوارح الكواسب في تأويل ذلك ما يكون جارحاً حقيقة ببناءه ومخلبه فيحمل على الجارح الكاسب بمعنى يجمع في الآية بين التأويلين لعدم التنافي بينهما وذلك لأن الأصل أن النص إذا أورد وفيه اختلاف المعاني فإن كان بينهما تنافي يحمل على أحدهما بدليل يوجب الترجيح وإن لم يكن بينهما تنافي ثبت الجميع أخذاً بالمتيقن كافي قوله تعالى ولا يحملهن أن يكن ما خلق الله في أرحامهن قبل أن يدر به الحبل وقيل الحبلض والصحيح أنهم ما مراد أن لانه لاتنافي ههنا وفيه نظر لان الجرح إما أن يكون مشتركين الكسب (١٧٥) والجرح الذي يحصل به الجراحة أو يكون حقيقة في أحدهما

بمجاز في الآخر والمشارك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله تعالى ما خلق الله في أرحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ وقوله (وفيه) أي في الجارح الكاسب أخذ باليقين وقوله (رجوعاً إلى التأويل الأول) يعني ما سبق من الكواسب وقوله (وجوابه ما قلنا) يعني قوله لا منافاة بينهما وفيه أخذ باليقين

(قوله وفيه نظر) أقول سبق إلى هذا النظر نظر الاتقاني (قوله والجرح التي) أقول الظاهر أن يقال والجرح الذي (قوله والجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز عندنا الخ) أقول ويمكن أن يجاب عن هذا النظر بحمل قوله على الجارح الكاسب على المجاز إما على طريقة ذكر السبب وإرادة المسبب فيكون

وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير إلى اشتراط الجرح اذهو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب ببناءه ومخلبه ولاتنافي وفيه أخذ باليقين وعن أبي يوسف أنه لا يشترط رجوعاً إلى التأويل الأول وجوابه ما قلنا قال (فإن كل منه الكلاب أو الفهد لم يؤكل وإن كل منه البازي أكل) والفرق ما بيننا في دلالة التعليم وهو مؤيد بما روينا من حديث عدي رضي الله عنه (قوله وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير إلى اشتراط الجرح اذهو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب ببناءه ومخلبه ولاتنافي وفيه أخذ باليقين) وذلك لأن النص إذا أورد فيه اختلاف المعاني فإن كان بينهما تنافي ثبت أحدهما بدليل يوجب ترجيحه لا الجميع وإن لم يكن بينهما تنافي ثبت الجميع أخذاً بالمتيقن كافي قوله تعالى ولا يحملهن أن يكن ما خلق الله في أرحامهن قبل أن يدر به الحبل وقيل الحبلض والصحيح أنهم ما مراد أن لانه لاتنافي بينهما فكذا ههنا لاتنافي بين الكسب والجراحة كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية فأقول على ما قالوا يلزمه عموم المشترك في موضع الإثبات وهو فاسد انتهى وذكره صاحب العناية على وجه البسط والتوسيع حيث قال وفيه نظر لان الجرح إما أن يكون مشتركين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة أو يكون حقيقة في أحدهما بمجاز في الآخر والمشارك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله تعالى ما خلق الله في أرحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ إلى هنا كلامه أقول يمكن الجواب عنه بأن مراد المصنف من قوله يحمل على الجارح الكاسب ببناءه ومخلبه أنه يجمع في الاعتبار والعمل بين كلاً مما لا يخفى النص المذكور من التأويلين لعدم التنافي بينهما وفيه أخذ بالمتيقن اذ يوجد في المجموع كل واحد منهما ما في من مآراده في النظم الشريف كأنه مأخوذ في الاعتبار والعمل وليس مراده أن كلاً التأويلين برادان معاً بل النص المذكور حتى يلزم عموم المشترك في الإثبات أو الجمع بين الحقيقة والمجاز وصاحب العناية لم يعمه أن مراده هو الثاني قال في تفسير قول المصنف فيحمل على الجارح الكاسب يعني يجمع في معنى الآية بين التأويلين وكان حق التفسير أن يقال يعني يجمع في الاعتبار والعمل بين التأويلين كما ثبت عليه آنفاً وقال صاحب معراج الدراية ههنا فإن قيل فيه جمع بين الحقيقة والمجاز أو عموم المشترك لان الجوارح إما أن تكون حقيقة في الكواسب أو مجازاً قلنا لا كذلك بل الجوارح أخص من الكواسب فلو كان المراد بالكواسب الجوارح لا يلزم ذلك انتهى أقول جوابه ليس بسد بطلان كون الجوارح أخص من الكواسب لا يدفع لزوم المحذور المذكور في السؤال إذ لا شك أن مفهوم الأخص يغاير مفهوم الأعم والابلزم أن يكون الشيء أخص من نفسه وهو ظاهر البطلان ولا ريب أن اللفظ الواحد لا يطلق على المعنيين المتغايرين سواء كان أحدهما أخص من الآخر أم لا لا يطرئ الاشارة أو يطرئ الحقيقة والمجاز فيلزم أحد المحذورين المذكورين في السؤال قطعاً على تقدير إرادتهما معاً من لفظ واحد (قوله وهو مؤيد بما روينا من حديث عدي) أقول في كلامه

المراد اشتراط الجرح والكسب أو على طريقة الاستعارة التبعية فيه بأن يشبه الحمل على الجرح المستلزم للكسب بالحمل على كلاً المعنيين في تعار الثاني للأول ثم يستق منه الفعل ولا يخفى عليه أن أولوية الحمل على الجرح من الحمل على الكسب لا تطواء الأول على الثاني بدون العكس ويحتمل أن يجوز المصنف الجمع بين معني المشترك في هذه الصورة كما يجوز في الشيء على ما ينبغي في الوصايا والعمل هناك بعدم المناقاة أيضاً (قال المصنف وهو مؤيد بما روينا) أقول جعله مؤيداً لا حجة أخرى لعدم وفائه بتمام المدعى

وقوله (وهو حجة على مالك والشافعي رحمه الله في قوله القديم في اباحه ما أكل الكلب منه) يعني حديث عدي رضى الله عنه
 فان قيل روى أبو ثعلبة الخشني
 (١٧٦) رضى الله عنه أنه عليه السلام قال له في صيد الكلب كل وان أكل

وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحه ما أكل الكلب منه (ولو أنه صاد صيد اولم يأكل
 منها ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد) لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلماً على
 اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء. وأما الصيد التي أخذها من قبل فما أكل منها لا تظهر الحرمة
 فيه لانعدام المحلية وما ليس محرز بأن كان في المفازة بأن لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق
 وما هو محرز في بيته يحرم عندهم خلافاً لهما

هـ ذار كاكه لان ضمير هو في قوله وهو مؤيدان كان راجعاً الى الفرق كما هو الظاهر من أسلوب تحريره
 رد عليه. أن حديث عدي لا يفيد الفرق المذكور أصلاً فإنه انما يدل على أن لا يؤكل ما أكل منه
 الكلب ولا يدل على أن يؤكل ما أكل منه البازي وافادة الفرق انما تكون بالدلالة عليهم ما عاون كان
 راجعاً الى مضمون قوله فان أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل كل كان حق قوله وهو مؤيد بما رويناه
 من حديث عدي أن يذكر عقيب قوله فان أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل وما وسط بينهما قوله
 وان أكل منه البازي أكل وقوله والفرق ما بيناه في دلالة التعليم كان الكلام قلنا كما لا يخفى (قوله
 وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحه ما أكل الكلب منه) فان قيل روى أبو ثعلبة
 الخشني رضى الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم لم قال له في صيد الكلب كل وان أكل منه وذلك دليل
 واضح لهما أجيب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم فان الامساك عليهم
 أن لا يأكل منه وحين أكل منه دل أنه أمسك على نفسه يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام في حديث
 عدي فان أكل منه فلا تأكل لانه انما أمسك على نفسه كذا في العناية أخذاً من النهاية أقول بردي على
 هذا الجواب أن قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم انما يدل على اباحه كل ما لم يأكل منه الكلب
 ولا يدل على عدم اباحه كل ما أكل منه الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا كما عرف
 في علم الاصول فلم يتحقق التعارض بين ذلك الحديث وبين قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم حتى
 يلزم أن يترك العمل بالحديث لكونه خبر واحد لا يقال يحصل بهذا الجواب الزام الشافعي لان مفهوم
 المخالفة حجة عنده وهذا القدر كاف في صحة الجواب لانا نقول لا يحصل الزامه أيضاً لان من يقول بكون
 المفهوم حجة لا يشكر أن المنطوق أقوى منه فلا يتحقق حكم التعارض عنده أيضاً والحق عندى
 في الجواب عن أصل السؤال أن يقال حديث أبي ثعلبة معارض بحديث عدي وحديث عدي مرجح
 على حديث أبي ثعلبة لان حديثه يحمل ما أكل منه الكلب وحديث عدي يحرمه وقد عرف في
 أصول الفقه أن المحرم يرجح على المحلل عند التعارض فيجعل ناهية فوجب العمل بحديث عدي دون
 حديث أبي ثعلبة (قوله ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلماً على اختلاف الروايات كما بيناها في
 الابتداء) قال صاحب العناية أراد ما ذكر أنه يحمل عنده ما اصطاده ثالثاً الخ أقول تفسير مراد المصنف
 بما ذكره هذا الشارح ليس بصحيح لان فيما ذكره المصنف بقوله يحمل عنده ما اصطاده ثالثاً الخ
 روايتين لا غير رواية عن أبي حنيفة وهي حل ما اصطاده ثالثاً ورواية عن أبي يوسف ومحمد وهي عدم
 حل ذلك وقد قال المصنف ههنا على اختلاف الروايات كما بيناها بصيغة الجمع فكيف يتصور أن يكون
 مراده ما ذهب اليه الشارح المذكور فالصواب أن مراد المصنف بقوله ههنا على اختلاف الروايات
 كما بيناها في الابتداء وهو الاشارة الى ما ذكره فيما مر بقوله ثم شرط ترك الأكل ثلاثاً وهذا عندنا وهو
 رواية عن أبي حنيفة الى آخر ما ذكره في تلك المسئلة فحينئذ يتحقق الروايات وتنتظم صيغة الجمع كما

منه وذلك دليل واضح
 لهما أجيب بأنه خبر
 واحد لا يعارض قوله
 تعالى فكلوا مما أمسكن
 عليكم فان الامساك عليهم
 أن لا يأكل منه وحين
 أكل منه دل على أنه أمسك
 على نفسه يؤيده قوله عليه
 السلام في حديث عدي
 فان أكل منه فلا تأكل لانه
 انما أمسك على نفسه
 وقوله (على اختلاف
 الروايات كما بيناها ابتداء)
 أراد ما ذكر أنه يحمل عنده
 ما اصطاده ثالثاً الخ وقوله
 (وأما الصيد التي أخذها
 من قبل) واضح وحاصل
 ذلك في المحرز الذي لم يؤكل
 أن أباحه بغير حكم بجهله
 مستنداً

(قوله أجيب بأنه خبر
 واحد لا يعارض قوله تعالى
 فكلوا مما أمسكن عليكم
 فان الامساك الخ) أقول
 فيه بحث فانه لا دلالة في
 الآية على النهي عن
 الأكل على تقدير انتفاء
 الامساك ومفهوم
 المخالفة غير معتبر فإن
 المعارضة والمنطوق أقوى
 عند المعتبرين للفهوم
 فلا يتحقق المعارضة
 أيضاً (قوله أراد ما ذكر
 أنه يحمل عنده ما اصطاده
 ثالثاً الخ) أقول فيه
 بحث بل الظاهر أن المراد ثبوت التعليم عنده عند غلبة ظن الصائده أنه ممل وفي رواية أخرى موافقاً للمذهب ما ثبت به بترك
 الأكل ثلاث مرات

وهما يقولان بالاعتصام على ما كل لان ما حرزه المالك حكم باباحته باجتهاد وقد حصل (١٧٧) المقصود به وهو الاحراز فلا ينقض

باجتهاد آخر مثله بعده
والجواب ما قال وتبديل
الاجتهاد قبيل حصول
المقصود لان المقصود هو
الاكل ومثل ذلك ينقض
باجتهاد آخر كتبديل اجتهاد
القاضي قبيل القضاء وما
قال ابو حنيفة اقرب الى
الاحتياط وعليه مبنى الحل
والحرمة ولم يذ كر ما اذا باع
شيئاً من صيدوه المقدره
والحكم فيه كالذي فيه
الخلافا اذا تصادق البائع
والمشتري على جهالة الكلب
وقوله (ولو ان صقرا فر من
صاحبه فمكت حينئذ
صاد) يعني بعد ما رجع
الى صاحبه لم يؤكل وأما
قبيل الرجوع اليه فلا شبهة
في حرمة ما صاده لانتفاء
الارسال ومسئلة الوثبة في
الكتاب معلومة وطول
بالفرق بين ما وثب فاخذ
من صاحبه وأكل وبين
ما كل بعد ما قتل فان
الصيد كما خرج عن الصيدية
بأخذ صاحبه جازان
يخرج أيضا بقتله وأجيب
بأنه اذا لم يتعرض بالاكل
حتى أخذه صاحبه دل أنه
كان ممسكاً على صاحبه
وانتهاسه منه ومن لحم آخر
في مخلاة صاحبه سواء وأما
اذا كل قبل الاخذ فقد
كان ممسكاً على نفسه

(قال المصنف لان الحرمة
لاتنسى) أقول فيه بحث

هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما أحرزه قد أمضى
الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه
ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيداً من وجه لعدم الاحراز فخر مناه احتياطاً وله أنه آية جهله من
الابتداء لان الحرفة لا ينسى أصلها فاذا أكل تبين أنه كان ترك الاكل للشبع لا للعلم وتبديل الاجتهاد
قبيل حصول المقصود لانه بالا كل فصار كتبديل اجتهاد القاضي قبل القضاء (ولو ان صقرا فر من صاحبه
فمكت حينئذ صا لا يؤكل صيده) لانه ترك ما صار به عالماً فيحكم بجهله كالكلب اذا أكل من الصيد
(ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل) لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث
شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له (ولو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها
اليه فأكلها يؤكل ما بقي) لانه لم يبق صيداً فصار كما اذا ألقى اليه طعاماً غيره وكذا اذا وثب الكلب
فأخذه منه وأكل منه لانه ما كل من الصيد والشرط ترك الاكل كل من الصيد فصار كما اذا افترس
شأنه بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحزره المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية (ولو نهم الصيد
فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل) لانه صيد كلب جاهل حيث
أكل من الصيد (ولو ألقى ما نهمه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه وأخذه صاحبه ثم مر بملك البضعة
فأكلها يؤكل الصيد) لانه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا أكل ما بان منه وهو لا يحمل
لصاحبه أولى بخلاف الوجه الاول لانه أكل في حالة الاصطياد فكان جاهلاً بمسك نفسه ولان
نهم البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضغف بقطع القطعة منه فيدركه فالأكل
قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله

لا يخفى (قوله هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى) أقول الظاهر
بما ذكره بعد هذا بقوله ولان فيما أحرزه المالك كونه المذكور ههنا دلالة تاماً له ما فردد عليه أنه لو تم لدل
على أن لا تثبت الحرمة عندهما فيما كان غير محرز في المقارفة أيضاً لجرى بان هذا الدليل في ذلك أيضاً مع
أنه تثبت الحرمة فيه بالاتفاق كما صرح به المصنف من قبل فتأمل (قوله وكذا اذا وثب الكلب فأخذه
منه وأكل منه لانه ما كل من الصيد والشرط ترك الاكل كل من الصيد فصار كما اذا افترس شأنه) قال صاحب
العناية وطول بالفرق بين ما وثب فأخذ من صاحبه وأكل وبين ما كل بعد ما قتل فان الصيد كما خرج
عن الصيدية بأخذ صاحبه جازان يخرج أيضاً بقتله وأجيب بأنه اذا لم يتعرض بالاكل حتى أخذه
صاحبه دل أنه كان ممسكاً على صاحبه وانتهاسه منه ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه سواء وأما اذا كل قبل
الاخذ كان ممسكاً على نفسه انتهى كلامه أقول هذا الجواب لا يدفع المطالبة المذكورة لان حاصلها ينقض
ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة الوثبة من أنه ما كل من الصيد بما اذا أكل بعد ما قتل فان ذلك التعليل
متش في صورة القتل أيضاً اذا الصيد كما يخرج عن الصيدية بأخذ صاحبه يخرج أيضاً بقتله فلم يتحقق
الاكل من الصيد في صورتين معاً مع انهما مقتريان في الحكم وحاصل الجواب المذكور بيان فرق
بينهما من جهة أخرى غير ما ذكره المصنف في التعليل ولا يذهب عليك أن ذلك لا يدفع ورود المطالبة
المذكورة على ما ذكره المصنف في التعليل ولقد أحسن صاحب النهاية ههنا في التقرير بحيث قال
فوجه الفرق بين هذا وبين ما اذا أكل الكلب من الصيد بعد أن قتله قبل أن يأخذ الصائد حيث لا يؤكل
وفي هذه الصورة وهي ما كل منه بالوثبة بعد أخذ الصائد يؤكل وتعليل الكتاب ههنا بقوله لان ما كل
من الصيد شامل للصورتين ومع ذلك افرقنا في الحكم والوجه فيه هو أن الفرق انما ينشأ بينهما من حيث
وجود الامسالك لصاحبه وعدم الامسالك له فههنا أي في مسئلة الوثبة لما لم يأكل من الصيد الى أن أخذه
صاحبه قد تم امسالكه على صاحبه وههنا لما أكل من الصيد بعد قتله قبل أن يأخذه صاحبه علم انه انما

قال (وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه الخ) المرسل ان أدرك الصيد حيا فلا يخلوا ما أن تمكن من ذبحه أولا فان تمكن من ذبحه ولم يذبح حتى مات لم يؤكل سواء كانت الحياة فيه بينة أو خفية وان ذبح قبل في قول أصحابنا جيعا وكذا حكم البازي والسهم وذلك لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل لان المقصود بالبدل اباحة الاكل ولم تثبت قبل موته والقدر على الاصل قبل ذلك تبطل البدل وان لم يتمكن من ذبحه لعدم الآلة أو ضيق الوقت فاما أن يكون فيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح أولا فان كان لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يؤكل وهو قول الشافعي رحمه الله لانه لم يقدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل

(١٧٨)

قال (وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذبحه وان تركه تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم) لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه أما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يحل وهو قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر أنه قدر اعتبارا لانه ثبت يده على المذبوح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح فبعضهم فيها تفصلا وبعضهم فيها تفصيلا وهو أنه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن بضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاه الا اضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه

الاستعمال ووجه ظاهر الرواية أنه ان لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتبارا لانه ثبت يده على المذبوح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره أي الذبح اذ لا يمكن اعتباره أي اعتبار التمكن من الذبح لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح فمنهم من يتمكن في ساعة ومنهم من لا يتمكن في أكثر وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه فأدبر على ما ذكرناه من ثبوت البدل على المذبوح وان لم تكن الحياة فيه فوق ما تكون في المذبوح بل كانت بمقدار ما يكون فيه ولم يذبح حتى مات أكل لانه ميت حكما ألا ترى أنه لو وقع في الماء وهو ميت هذه الصفة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبوح أي ليس بمذبوح فلم تثبت يده على الذبح ليقام مقام التمكن من الذبح وفصل بعض المشايخ فيما اذا كانت الحياة فيه فوق ما تكون في المذبوح فقال ان كان عدم التمكن لفقد الآلة لم يؤكل لانه مفطر وان كان اضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا لم يقدر على الاصل ولم يفطر فكان حلالا ولو قلنا وقع في يده وهو حي حقيقة وحكما لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاه الا اضطرار فان قيل وضعت المسئلة فيما تكون الحياة فيه فوق ما تكون في المذبوح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح أجيب بان المقدار الذي يكون في المذبوح بمنزلة عدم لكون الصبي في حكم الميت والزائد على ذلك قد لا يسع الذبح فكان عدم التمكن متصورا (وهذا) أي ما ذكرناه من إقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكاه فيما اذا كان بقاؤه متوهم

أمسكه لنفسه لا لصاحبه فخرج به من أن يكون معلما انتهى فانه طعن في التعليل المذكور في الكتاب بشموله للصورتين مع افتراقهما في الحكم وبين وجه آخر فارقا بينهما وعده أوجه لكونه سالما عن ورود المطالبة بالفرق بينهما ثم أقول التحقيق ان المطالبة بالفرق بين تينك المسئلتين ساقطة عما ذكر في الكتاب أيضا لان المصنف تدارك دفعها بقوله بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحزره المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية فان وجه بقاء الصيدية فيه على ما صرح به الشراح هو أن الصيد اسم للتوحش غير محرز فقد زال التوحش بالقتل وبقي عدم الاحراز قبل أن يحزره المالك فبقي شيء من آثار الصيد ولو لازمه يبقى حكم الصيدية فيه فظهر الفرق بين مسئلة الوتيرة وبين ما اذا أكله بعد أن قتله قبل أن يأخذه الصائد تأمل ترشد (قوله وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذبحه وان تركه تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم) اعلم ان قوله وان أدرك المرسل الى قوله حتى مات لم يؤكل عبارة القدوري في مختصره وقوله وكذا البازي والسهم زيادة من المصنف فأقول هذه الزيادة من المصنف ههنا أمر زائد مستغنى عنه جدا عندي أما قوله وكذا البازي فظاهر لان قول القدوري وان أدرك المرسل الصيد حيا ينافي مع ما في الكتاب وصمد البازي وليس فيه شيء يقتضي اختصاصه بالاول فلا حاجة الى ذكر قوله وكذا البازي بل لا وجه له وأما قوله والسهم فلان حكم مسئلة السهم سيجيء في باب الرمي مفصلا لا يرى الى قوله هناك واذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب اذا خرج السهم فبات وان أدركه حيا ذكاه

أما

تثبت يده على الذبح ليقام مقام التمكن من الذبح وفصل بعض المشايخ فيما اذا كانت الحياة فيه فوق ما تكون في المذبوح فقال ان كان عدم التمكن لفقد الآلة لم يؤكل لانه مفطر وان كان اضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا لم يقدر على الاصل ولم يفطر فكان حلالا ولو قلنا وقع في يده وهو حي حقيقة وحكما لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاه الا اضطرار فان قيل وضعت المسئلة فيما تكون الحياة فيه فوق ما تكون في المذبوح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح أجيب بان المقدار الذي يكون في المذبوح بمنزلة عدم لكون الصبي في حكم الميت والزائد على ذلك قد لا يسع الذبح فكان عدم التمكن متصورا (وهذا) أي ما ذكرناه من إقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكاه فيما اذا كان بقاؤه متوهم

(قوله أو خفية) أقول المراد بالحياة الخفية ههنا ما هو فوق حياة المذبوح لا ما هو مثلها أو دونها والا لا تجب الذكاه كما يجبي

أما إذا شق الكلب المعلم بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يدركه حل لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت (وقيل) هو قول أبي بكر الرازي (هذا قولهما أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤكل كل هذا أيضا لأنه وقع في يده حيا فلا يحل الأبد كالأختبار رد إلى المتردية) أي اعتبارا به (هذا الذي ذكرنا) أنه لا يؤكل كل عنده إذا شق بطنه وأخرج ما فيه (إذا ترك الذكاة فاما إذا ذكاه فقد حل أكله عنده رحمه الله وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقى) أي شق (الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة) إذا ذبح حل عنده (١٧٩) وعليه الفتوى لقوله تعالى

الاما ذكيتم استثناء مطلقا

من غير فصل (وعند أبي

يوسف لا بد من حياة بينة

وهي أن يكون بحال

يعيش مثله فاما إذا لم يكن

كذلك فلا يحل أكله لأنه

لم يكن مونه بالذبح وقال

محمد لا بد من حياة بينة

وهو أن يكون بحال يعيش

فوق ما يعيش المذبوح

فان كان كذلك حل

أكله والا فلا (لأنه لا يعتبر

بهذه الحياة على ما قررناه)

إشارة إلى قوله لأنه ميت

حكما وقيل إلى قوله لأن

ما بقي اضطراب المذبوح

فلا يعتبر وقوله (ولو أدركه

ولم يأخذه) يريد أن

المسائل المتقدمة كانت

فيما أخذ الصائد

وهنا أدركه ولم يأخذه

وقوله (على ما ذكرناه)

إشارة إلى قوله لأنه وقع في

يده حيا قوله (وإذا أرسل

كلبه المعلم على صيد)

يعني صيدا معينا (فأخذه

غيره حل) يعني مادام في

وجه إرساله وقوله

(ولأنه) أي شرط التعيين

أما إذا شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما أما عند أبي حنيفة فلا يؤكل أيضا لأنه وقع في يده حيا فلا يحل الأبد كالأختبار رد إلى المتردية على ما ذكرنا أن شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا إذا ترك الذكاة فلو أنه ذكاه حل أكله عند أبي حنيفة وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقى بقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الاما ذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل وعند أبي يوسف إذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لأنه لم يكن مونه بالذبح وقال محمدان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح بحال والا فلا لأنه لا يعتبر بهذه الحياة على ما قررناه (ولو أدركه ولم يأخذه فان كان في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل) لأنه صار في حكم المقدور عليه (وان كان لا يمكنه ذبحه أكل) لأن البس لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد (وان أدركه فذكاه حل له) لأنه ان كان فيه حياة مستقرة فاذكاه وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة رحمه الله ذكاه الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج إلى الذبح (وإذا أرسل كلبه المعلم على صيد وأخذ غيره حل) وقال مالك لا يحل لأنه أخذ بغير إرسال إذا أرسل مختص بالمسار إليه ولأنه شرط غير مفيد لأن مقصوده حصول الصيد إذا لا بد من الفاء به إذا لا يمكنه عليه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره (ولو أرسله على صيد كبير وسعى مرة واحدة حالة الإرسال فلو قتل الكل بحال بهذه التسمية الواحدة) لأن الذبح يقع بالإرسال على ما بيناه وهذا شرط التسمية عنده والفعل واحد في كفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لأن الثانية نصير مذبوحة بفعل غير الأول فلا بد من تسمية أخرى حتى لو أضحج احداهما فوق الأخرى وذبحهما مرة واحدة تحلان بتسمية واحدة (ومن أرسل فهذا فكم حتى يستمكن ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل)

انتهى فلا حاجة إلى بيانه ههنا (قوله وقال محمدان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح بحال والا فلا لأنه لا يعتبر بهذه الحياة على ما قررناه) قال صاحب النهاية والكفاية أراد بقوله ما قررناه قوله لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقال صاحب الغاية والعناية أشار بذلك إلى قوله لأنه ميت حكما أقول الحق ما قاله الشارحان الاخيران لأن قوله لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر تعليل لحكم أكل ما شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يفرق أحد في تلك الصورة بين ما يعيش فوق ما يعيش المذبوح وبين ما لا يعيش فوق ذلك بل جعلوا كلهم ما بيني فيه اضطراب المذبوح وفيما نحن فيه فرق محمد بينهما وقوله لأنه لا يعتبر بهذه الحياة تعليل لحكم أحدهما وهو ما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فكيف يتم أن يريد بقوله في ذيل هذا التعليل على ما قررناه ما يعجز عن مخالاف قوله لأنه ميت حكما لأنه تعليل لحل أكل ما بقي فيه من الحياة مثل ما بقي في المذبوح لا فوق ما بقي في المذبوح وما لا يبقى فيه من الحياة فوق ما بقي في المذبوح مما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فتنتظم الإشارة إليه ههنا بقوله على ما قررناه

(شرط غير مفيد لأن مقصوده حصول الصيد) والجميع بالنسبة إلى هذا المقصود سواء كان قبل قد يكون مقصوده صيدا معينا أوجب بأنه متعذر إذا لا يفدر الصائد أو الكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكن تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره وقوله (على ما بيناه) يعني في أوائل كتاب الذبائح حيث قال تشترط عند الإرسال والرمي وقوله (ولهذا تشترط التسمية عنده) أي عند الإرسال

وقوله (فيغلب جانب الحرمة نصا) أي بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال وهما ثلاثة فصول أحدهما اشترك فيه الكلبان في الاخذ والجرح وفيه الحرمة لما روينا والثاني ما اشترك فيه في الاخذ دون الجرح وفيه الكراهة (١٨٠) لان جهة الحل أرجح لان المعلم تفرد بالجرح والثالث ما لم يشتر كافي

شيء لكن الثاني أشد أي جل على الاول حتى اشتد على الصيد وفيه الاباحة لان الثاني لم يشارك الاول في شيء من الصيد وإنما أثر في الكلب المرسل دون الصيد فكان فعله تبعاً لفعل الاول لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التسبع قال (واذا أرسل المسلم الخ) الاصل في هذا أن الفعل يرفع بالاقوى والمساوى دون الأدنى فاذا أرسل المسلم كلبه وزجره أي أغراه المجوسى حل كله لعدم اعتبار الزجر عند الارسال لكون الزجر دونه لبنائه عليه وفوقه بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء وأجيب بأن الجزاء في المحرم بدلالة النص فانه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى (واذا أرسله مجوسى فزجره مسلم فأنزجره يؤكل كذلك ولهذا) أي ولان الزجر دون الارسال (لم يثبت به) أي بالزجر (شبهة الحرمة) يعنى في الصورة الاولى مع أن الحرمة أسرع ثبوتاً للغلبة

لان مكنته ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال (وكذا الكلب اذا اعتاد عاداته ولو أخذ الكلب صيداً فقتله ثم أخذ آخر فقتله وقد أرسله صاحبه أكلاً جميعاً) لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لورعى سهماً الى صيد فأصابه وأصاب آخر (ولو قتل الاول فقتل عليه طويلاً من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني) لانقطاع الارسال بمكنته اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وإنما كان استراحة بخلاف ما تقدم (ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم انبع الصيد فأخذه وقتله فانه يؤكل) وهذا اذا لم يمكث زماناً طويلاً للاستراحة وإنما مكث ساعة لا تكمن لما يبيناه في الكلب (ولو أن بازيه المعلم أخذ صيداً فقتله ولا يدري أرسله انسان أم لا لا يؤكل) لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه قال (وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل) لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدل على أنه لا يحل بالكسر وعن أبي حنيفة أنه اذا كسر عضو وقتله لا بأس بأكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول أن المعتبر جرح ينهض سبباً لانهار اللحم ولا يحصل ذلك بالكسر فأشبهه التخييق قال (وان سار كلب غير معلم أو كلب مجوسى أو كلب لم يذكر اسم الله عليه بريده عدم يؤكل) لما روينا في حديث عدى رضى الله عنه ولانه اجتمع المبيع والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصاً واحتياطاً (ولورده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول بكرهه) لوجود المشاركة في الاخذ وفقد هاهنا في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسى بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب فلا تحقق المشاركة وتحقق بين فعل الكلبين لوجود المجانسة (ولو لم يرد الكلب الثاني على الاول لكنه أشد على الاول حتى اشتد على الصيد فأخذه وقتله لا بأس بأكله) لان فعل الثاني أثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلباً فكان تبعاً لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التسبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصير تبعاً فيضاف اليهما قال (واذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسى فأنزجره فزجره فلا بأس بصيده) والمراد بالزجر الأغراء بالصباح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه أن الفعل يرفع عما هو فوقه أو مثله كما في نسخ الآى والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال (ولو أرسله مجوسى فزجره مسلم فأنزجره لم يؤكل) لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فأولى أن لا يثبت به الحل وكل من لا تجوزد كانه كالمرند والمحرم وتارك التسمية عامداً في هذا بمنزلة المجوسى

تدبر تفهيم (قوله ووجهه أن الفعل يرفع عما هو فوقه أو مثله كما في نسخ الآى والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه) قال بعض الفضلاء لك أن تقول لا تمس الحاجة الى الرفع بل تكفى المشاركة في اثبات الحرمة أو شبهها انتهى أقول ليس هذا بوارد لان الارسال أصل والزجر تبع والتبع لا يعد مشاركة للأصل في ترتيب الحكم وقد أشار اليه المصنف في تعليل المسئلة السابقة حيث قال لان فعل الثاني أثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلباً فكان تبعاً لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التسبع انتهى ولئن سلم مشاركة الزجر للارسال فلان سلم كفاية مجرد المشاركة في اثبات الحرمة أو شبهها بل لا بد من أن يكون اللاحق وهو الزجر ههنا أقوى من السابق أو مساوياً له حتى يرفع به السابق وأما اذا كان أدنى منه فلا تأثير له في الحكم وقد أشار اليه المصنف في تعليل المسئلة اللاحقة حيث قال لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فأولى أن لا يثبت به الحل انتهى قال

(وان)

الحرمة على الحل دائماً فأولى أن لا يثبت به الحل يعنى بزجر المسلم

(قال المصنف ووجهه أن الفعل يرفع عما هو فوقه أو مثله) أقول لك أن تقول لا تمس الحاجة الى الرفع بل تكفى المشاركة في اثبات الحرمة أو شبهها (قوله وفوقه بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء) أقول ولو لم يعتبر الزجر لم يجب الجزاء

وقوله (لان الزجر مثل الانفلات) يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال وقوله (لانه ان كان دونه) يعني ان الانزجار ان كان دون الانفلات من حيث كونه بناء عليه فهو وفوقه من حيث كونه فعل المكلف فاستويا فصلح الزجر ناسخا وهو متأخر فيجعل ناسخا وقوله (وقده) أي جرحه جراحة أنخنته وقوله (لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح) دليل المسئلة وهو يشير الى الجواب عما يقال الضربة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد انما حصلت بعد الانفلات الذي أخرجه من الصيدية فكان الواجب أن لا يحل أكله لان الصيد بعد الانفلات ملحق (١٨١) بالدواجن فيحل بالذبح لا بضرب الكلب وجوابه أنه تعذر رفعه وما تعذر رفعه تقرر عفو وقوله (يجرح الكلب الاول) يعني أنه لا يؤكل لان الصيد بعد أن خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد الذبح في المذبح لا يجرح الكلب في جرح الكلب في منسله بوجوب الحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة غلب الحرمة والله أعلم

فصل في الرمي

لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجهادية والحس الصوت الخفي (ومن سمع حسا فظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلبه أو بازيه فأصاب صيدا) نظريا مشافهاً فبين أن المسموع حسه آدمي أو بقراً أو شاة لم يحل للطبي المصاب مثلاً في قولهم جميعاً لانه أرسل الى غير صيد فلم يتعلق به حكم الاباحه وصار كأنه رمي الى آدمي عالم به فأصاب صيداً فإنه لا يؤكل (وان

وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فأنزجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله) لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث أنه بناء عليه فهو وفوقه من حيث أنه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا (ولو أرسل المسلم كلبه على صيد وسمى فأدركه فضربه ووقده ثم ضربه فقتله أو كل وكذا إذا أرسل كلبين فوقده أحدهما ثم قتله الآخر أو كل) لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فيحل عفو (ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلباً فوقده أحدهما وقتله الآخر أو كل) لما بينا (والملك الاول) لان الاول أخرجه عن حد الصيدية الا أن الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحه والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية فيجرح الكلب الاول

فصل في الرمي (ومن سمع حسا فظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلباً أو بازياً عليه فأصاب صيداً ثم تبين أنه حس صيد حل المصاب) أي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف أنه خص من ذلك الخنزير لتغليظ التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الاباحه في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها وزفر خص منها ما لا يؤكل لانه لان الارسال فيه ليس للاباحه

في العناية ونفوض المحرم اذا زجر كلب حلال فإنه يجب عليه الجزاء وأجيب بان الجزاء في المحرم بدلالة النص فإنه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى انتهى أقول لقائل أن يقول هذا الجواب لا يدفع النقض المذكور بل يقويه فإنه اذا ثبت بدلالة النص وجوب الجزاء على المحرم اذا زجر كلب حلال عند ارسله تقرر أن ينتقض به الاصل الذي ذكره من عدم اعتبار الزجر عند الارسال لتكون الزجر دون الارسال ويمكن أن يقال المراد من الجواب المذكور أن الاصل الذي ذكره انما هو على موجب القياس وجوب الجزاء على المحرم في الصورة المذكورة انما ثبت بدلالة النص على خلاف القياس بناء على أن القياس يتربى بالنص وهذا لا يقدح في كلية الاصل المذكور المبني على القياس تفكر (قوله وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فأنزجر وأخذ الصيد فلا بأس بأكله لان الزجر مثل الانفلات) قال جمهور الشراح يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال انتهى أقول ليس هذا الشرح بسديد عندى اذ لم يكن الكلام فيما سبق في كون الفعل الغير المشروط في حل الصيد مرفوعاً بما هو مشروط في حله أو بما هو مثله بل كان الكلام في كون الفعل مرفوعاً بما هو وفوقه في القوة أو بما هو مثله فيها كما في نسخ الآية قالوا وجهه هنا أن يقال يعني أن الزجر مثل الانفلات في القوة والضعف وتعليل المصنف آياه بقوله لانه ان كان دونه من حيث أنه بناء عليه فهو وفوقه من حيث أنه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا بمنزلة الصريح فيما قلناه تبصر

فصل في الرمي لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجهادية

تبين أن المسموع حسه صيد حل المصاب أي صيد كان المسموع حسه يعني سواء كان ما كول اللحم أو لم يكن (لانه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف أن المسموع حسه اذا ظهر خنزيراً لم يحل أكل الصيد المصاب لتغليظ التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الاباحه في شيء منه بخلاف سائر السباع) لانه أي الاصطياد (يؤثر في جلدها وزفرها وخص منها) أي من جملة المسموع حسه (ملا يؤكل لانه لان الارسال فيه ليس للاباحه) فكان هو والآدمي سواء

فصل في الرمي (قال المصنف لان الارسال فيه ليس للاباحه) أقول الاظهر أن يقال لان الرمي لان الفصل فله

(وجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالآ كولي وما هو كذلك فالأ كولي وغيره بالنسبة إليه سواء فاذ قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطياد اذا الاصطياد فعل مباح في نفسه بقيد اباحة المصاب بشرط قبوله الاباحة حتى لو لم يقبلها كما اذا كان خنزير لم تثبت الاباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطيادا مباحا واذا اقتلها فان كان مما يحل تناوله تثبت اباحه تناوله لغير الباع من البهائم والطيور وان كان مما لا يحل تناوله تثبت اباحه جلده فثبت أن فعله وقع اصطيادا واباحة التناول وغيره مما يتعلق بالحل ليس بخارج له عن ذلك واذا وقع اصطيادا كان كانه رمى الى صيد فأصاب غيره وقوله (وان تبين أنه حس آدمي) قدمناه آنفا وقوله (لان الفعل ليس باصطياد) اذا الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش وعلى هذا فالاجن الذي يأوى البيوت أهلي والطبي الموثق أي المشدود بالوثاق بمنزلة أي بمنزلة الآدمي لما بيننا أن الفعل ليس باصطياد ثم اذا جهل توحيش المقصود برميته يعتبر فيه الأصل وعلى هذا تخرج المسئلان المذكورتان في الكتاب وقوله (وفي أخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما) يشير إلى أن كون ما تبين حسه من الصيد من شرطه أن يكون حلأ كله

شروطا بالذبح حتى لو سمع حسا فظنه صيدا فرماه فأصاب (١٨٢)

ظبيا ثم تبين أن المسموع حسه سمكة لم يؤكل الصيد ولو سمع حسا وظنه آدميا فرماه فأصاب المسموع حسه وهو صيد حلأ لانه لا يعتبر بظنه مع تعيين كونه صيدا فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين التي تقدمت وهي أن من سمع حسا وظنه صيدا فرماه فأصاب صيدا ثم تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحل المصاب مع أنه لم يقصد رمي الآدمي وفي هذه المسئلة قصد رمي الآدمي ورعى الآدمي ليس باصطياد وقد حل المصاب والقباس اما شمول الحل أو شمول عدمه أو انعكاس الجواب في المسئلتين وذلك

وجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالآ كولي فوقع الفعل اصطياد او هو فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدر ما يقبله الحما وجدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كانه رمى الى صيد فأصاب غيره (وان تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحل المصاب) لان الفعل ليس باصطياد (والطير الداجن الذي يأوى البيوت أهلي والطبي الموثق بمنزلة لما بيننا (ولورمى الى طائر فأصاب صيدا ورم الطائر ولا يدري وحشي هو أو غير وحشي حل الصيد) لان الظاهر فيه التوحيش (ولورمى الى بغير فأصاب صيدا ولا يدري فاذ هو أم لا لا يحل الصيد) لان الأصل فيه الاستثناس (ولورمى الى سمكة أو جرادة فأصاب صيدا يحل في رواية عن أبي يوسف) لانه صيد وفي أخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما (ولورمى فأصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو صيد يحل) لانه لا يعتبر بظنه مع تعيينه (فاذا سمى الرجل عند الرمي كل ما أصاب اذا جرح السهم فقتل) لانه ذابح بالرمي ليكون السهم آله فقتلته التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيننا قال (وانا أدركه حيا ذكاه) وقد بيناها بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيد

وقد مر وجه تقديم الاول (قوله والطبي الموثق بمنزلة) قال أكثر الشراح منهم صاحب العناية أي بمنزلة الآدمي أقول هذا التفسير ليس بجيد اذا اظهر أن الطبي الموثق بمنزلة الحيوان الا أهلي دون الآدمي اذ لا مناسبة بين الانسان والحيوان بخلاف الحيوانين فان قلت المراد بكون الطبي الموثق بمنزلة الآدمي مجرد كونه غير صيد كالأدمي لا الاشتراك في جميع الاوصاف فلا محذور في جعله بمنزلة الآدمي قلت لو كان مراد المصنف هذا المعنى لقال والطير الداجن الذي يأوى البيوت والطبي الموثق بمنزلة اذ لا فرق بينهما في مجرد كونهما غير صيد ولما فصل بينهما فقال والطير الداجن الذي يأوى البيوت أهلي والطبي الموثق بمنزلة علم أن المراد ليس مجرد أن لا يكون صيدا بل الاشتراك في بعض الاحوال أيضا فالوجه في تفسير قول المصنف والطبي الموثق بمنزلة ما ذكره صاحب العناية حيث قال أي الطبي

أنه لما حل المصاب مع اقتران ظنه بأنه آدمي ففما اذا اقترن ظنه بأنه صيد أولى أو لانه لم يقع فعله اصطيادا نظر الى قصده قال فلا يحل المصاب ههنا وحل هناك لذلك أجيب بأن الفرق ما أشار اليه بقوله لانه لا يعتبر بظنه مع تعيينه أي تعيين كونه صيدا وبينانه أن في المسئلة الاولى أصاب سهمه غير المسموع حسه والمسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجها الى غير الصيد تطورا الى فعله الذي توجه للمسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادا وحل الصيد انما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحلأ كله لاتعدام فعل الاصطياد وأما ههنا فسمه أصاب عين المسموع حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعا على الصيد وهو الاصطياد بحقيقته فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر بظنه ذلك الخالف لفعله الذي هو اصطياد بحقيقته والظن اذا وقع مخالفا لحقيقة فعله كان الظن لغوا فيحلأ كل المصاب لو وجد فعل الاصطياد وقوله (على ما بيننا) يعني في فصل الجسوارح بقوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية الخ

(قوله والطبي الموثق أي المشدود بمنزلة أي بمنزلة الآدمي) أقول ولعل الاولى أي بمنزلة الا أهلي (قوله نظر الى فعله الذي توجه الى المسموع حسه وهو ليس بصيد) أقول فكان ظنه هنا أيضا مخالفا لحقيقة فعله فلا يعتبر الظن فلا يكون فعله صيدا

وقوله (فتحامل) التحامل في المشي ان يتكافه على مشقة واعياء يقال تحاملت في المشي وقوله (حتى اصابه ميتا كل) قيل اذا وجد وفيه جراحة سهمه لا غير واما اذا وجد وفيه جراحة أخرى فليس له أن يأكله ترك الطلب أو لم يترك كما ينبغي ولانه ظهر لموته شيان أحدهما يوجب الحل والآخر يوجب الحرمة فيغلب الموجب للحرمة وقال الشافعي يؤكل لانه ظهر لموته سبب وهو ما كان معه من الرمي والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال عليه كالجرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا قلنا لما وجد فيه جرح غيره كان القتل منه موهوما والموهوم في هذا كالتحقق لقوله صلى الله عليه وسلم لعل هوام الارض قتلتها فانه حين اهدى رجل اليه عليه السلام صيدا فقال من أين لك هذا قال كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتا وفيه من راقى وهو الرمح الصغير فقال عليه الصلاة والسلام لا أدري لعل هوام الارض قتلتها الحديث وهو كما يدل على حرمة ذلك يدل على حرمة ما اذا قعد عن طلبه ثم وجد ميتا وقوله (ولان احتمال الموت) دليل معقول على ذلك فان قيل هذا الاحتمال باق اذا كان في طلبه أيضا أجب بقوله الا أنا سقطنا اعتباره مادام في طلبه ضرورة أن الاصطيد لا يعرى عن ذلك ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لا مكان الاحتراز عن توارى يكون بسبب عمله وقوله (والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل) يعني وان رأى فيه أثر سبع واحتج على ذلك بأنه سمع أهل العلم كذلك وكأنه بنى الأمر على الغالب لانه اذا بات عنه قعد عن طلبه غالباً ووجه كون ما رويناه حجة عليه انه كره كل الصيد اذا غاب عن الرامي فان قيل ان كان ما روى عنه عليه السلام من كراهته كل الصيد اذا غاب عن الرامي حجة عليه فقوله عليه الصلاة والسلام لعل هوام الارض قتلتها حجة على ما مر من قصته فانه عليه الصلاة والسلام قال لمن حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل فالجواب أن الأصل أن خصوص السبب غير معتبر واعتبار قتل (١٨٣) الهوام عند الغيبة موجود فيكون حراما

(قوله كالجرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا) أقول لم يظهر فيما ذكره الموت سبب آخر غير الجرح بخلاف المسئلة المذكورة (قوله وهو كما يدل على حرمة ذلك الخ) أقول في دلالة على التبريم كلام ثم قوله على حرمة ذلك أي حرمة ما فيه جراحة أخرى (قوله لان

قال) واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا كل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا يؤكل لما روى عن النبي عليه السلام انه كره كل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلتها ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فيا ينبغي أن يحل أكله لان الموهوم في هذا كالتحقق لما رويناه الا أنا سقطنا اعتباره مادام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطيد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لا مكان التبرع عن توارى يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لم يحل

المقيد بمنزلة الطير الداجن الذي يابى البيوت انتهى (قوله واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا كل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا يؤكل) قال الزيلعي في شرح الكنز وجه حل قاضخان في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره بما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما أصيبت ودع

الموهوم كالتحقق لما رويناه) أقول فلا يكون هذا دليلا مستقلا (قال المصنف والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل) أقول وجه حل قاضخان في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس كل ما أصيبت ودع ما أنعت والاصحاب ما رأيت والاصحاب ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه واليه أشار صاحب الهداية أيضا بقوله والذي رويناه حجة على مالك في قوله وان توارى عنه اذا لم يبت ليلة يحل فاذا بات لا يحل وهذا يشير الى أنه اذا توارى عنه لا يحل عندنا وان لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضا لقوله في أول المسئلة واذا وقع الصيد بالسهم فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا كل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا يؤكل فبني الأمر على الطلب وعدمه لا على التوارى وعدمه وعلى هذا أكثر كتب فقه اصحابنا ولو حل ما ذكره على ما اذا قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يتناقض ولكنه خلاف الظاهر كذا في شرح الزيلعي أما نص عبارة قاضخان فهي والسابع أن لا يتوارى عن بصره أولا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره الخ انتهى ونحن نقول ليس فيه جعل عدم التوارى شرطا بخصوصه كما ترى وما يدل عليه تعليقه الذي ذكره من كونه شرطا بخصوصه فأمر سهل اذا مراد اذا غاب عن بصره وهو قاعد عن طلبه بقريضة وضع المسئلة وأما اذا لم يقعد ففقيه ضرورة فليستأمل وراجع النهاية فانه ذكر حديث ابن عباس رضي الله عنهما (قوله ووجه كون ما رويناه حجة عليه انه كره كل الصيد الخ) أقول فيه بحث (قوله فقوله صلى الله تعالى عليه وسلم لعل هوام الارض قتلتها حجة على ما مر) أقول فيه بحث لانه حجة عليه حيث أحله وان رأى فيه أثر سبع فان احتمال قتل الهوام مع أنه لا جراحة فيه اذا كان محرما ففيم اذا وجدت الجراحة أولى أن يكون محرما والظاهر أن يقول ففكر اهتبه صلى الله عليه وسلم لصيد من حال بينه وبين صيده ظلمة الليل حجة له

وقوله (ولو وجد به جراحة) قدمناه والخلاف (١٨٤) فيه وقوله (لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه) لان الصيد قد يخلو عن رمي الغير فاعتبر

بحر ما بخلاف وهم الهوام فان الاحتراز عنه غير ممكن لان الصيد لابد أن يقع على الارض والارض لا تخلو عنها فلا يجعل محرما اذا لم يقع عن الطلب قال (واذا رمي صيدا فوق في الماء الخ) كلامه واضح وهو في المعنى مقيد بأن لا يكون الجرح مهلكا في الحال على ما سألني قوله (وكذا السقوط من عال) وهو في بعض النسخ من علوه وهو لقصة في الاول مضموما ومفتوحا ومكسورا وقوله (وان وقع على الارض ابتداء أكل) يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصة المنصوبة على ماسيجيه (وقوله وذكر في المنتقى) يريد بيان ما وقع من الاختلاف بين رواية الاصل وهي قوله أو صخرة فاستقر عليها وبين رواية المنتقى وصحح الحاكم رواية المنتقى وحمل المطلق المروي في الاصل من قوله فاستقر عليها على غير حالة الانشقاق وحمل شمس الأئمة السرخسي رواية المنتقى على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الاصل على أنه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفوا كما اذا وقع على الارض وانشق بطنه

(ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل) لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر بحر ما بخلاف وهم الهوام والجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه قال (واذا رمي صيدا فوق في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل) لانه المتردية وهي حرام بالنص ولانه احتمال الموت بغير الرمي اذا الماء مهلك وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضى الله عنه وان وقعت رمية في الماء فلا تأكل فانك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك (وان وقع على الارض ابتداء أكل) لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتبار ما بالاصطبياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل أن سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده بحري عدمه لان التكليف بحسب الوسع فما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الارض أو رماه وهو على جبل فتدري من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض أو رماه فوق على رمح منصوب أو على قصبة قائمة أو على حرف آجرة لا احتمال أن حد هذه الاشياء قتله ومما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه أو على ما هو في معناه كجبل أو ظهر بيت أو بنية موضوعة أو صخرة فاستقر عليها الان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد وحمل المطلق المروي في الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله شمس الأئمة السرخسي رحمه الله على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المروي في الاصل على أنه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفوا وهذا أصح وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لا تنفخ في الماء كل وان انغمست لا يؤكل

ما أنعت والاصماء ما رأيت والاعناء ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقع عن طلبه انتهى أقول ليس الأمر كما زعم الزيلعي فان الامام قاضيان لم يجعل في فتاواه من شرط حل الصيد عدم التوارى عن بصره بخصوصه بل جعل من شرط ذلك أحد الأمرين عدم التوارى عن بصره وعدم القعود عن طلبه حيث قال والسابع يعني الشرط السابع أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقع عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضى الله عنهم ما كل ما أصميت ودع ما أنعت والاصماء ما رأيت والاعناء ما توارى عنك انتهى ولا شك أن قوله والسابع أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقع عن طلبه نص على أن الصيد لا يحرم بمجرد التوارى عن بصره اذا لم يقع عن طلبه بل انما يحرم بالتوارى عن بصره والقعود عن طلبه معا أو ما قوله لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل فانظروا أن المراد به أنه اذا غاب عن بصره وقعد عن طلبه بقربة سياق كلامه وأما اذا لم يقع عن طلبه فيعذر فيه للضرورة لعدم إمكان التحرز عن توارى الصيد عن بصر الرامي فكان في اعتبار عدم التوارى مطلقا حرج عظيم والحرج مدفوع بالنص وقد أشار إليه المصنف بقوله الا أنا أسقطنا اعتباره مادام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطباذ عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لا مكان التحرز عن توارى يكون بسبب عمله وذكر في الشروح والكافي انه صلى الله عليه وسلم مر بارواح على جمار وحش عقير فتبادر أصحابه اليه فقال صلى الله عليه وسلم دعوه فسيأتي صاحبه فجاء رجل فقال هذه رمية وأنا في طلبها وقد جاءتم الاك فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر فقسمهما بين الرفاق انتهى (قوله وان وقع على الارض ابتداء أكل) قال في العناية أخذ من النهاية يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصة المنصوبة على ماسيجيه انتهى أقول هذا التقييد مستغنى عنه بالكلية ههنا اذا تظاهر أن الوقوع على

وفي الجملة فليس في المسئلة روايتان وهذا أي ما فعله شمس الأئمة أصح لان المذكور في الاصل مطلق فيجري على إطلاقه وحمله كما على غير حالة الانشقاق فيخرج الى الفرق بين الجبل والارض في الانشقاق فانه لو انشق بوقوعه على الارض أكل وقد ذكرناه في معناه

وقوله (كما اذا وقع) أي غير المائي (في الماء) وقوله (وما أصاب المعراض بعرضه) المعراض سهم لا ريش له يمضي عرضا فيصيب بعرضه لا بمحده والبندقية طينة مدورة يرمى بها وقوله (اذا لم يخزق) بالزاي المججمة خزق المعراض (١٨٥) أي نفذ وبالراء المهملة خطأ وقوله

(وكذلك ان جرحه) يعني اذا رماه بمجر فخزجه فان كان ثقيلًا وبه حدة قالوا لا يؤكل لاحتمال أن قتله بثقله وان كان خفيفًا وبه حدة أكل والمسروعة حجر أبيض رقيق كالسكين يذبح به واللهم يستعمل عقبيه الا اذا كان المستثنى عزيرًا نادرا ايذا بانائه بالغ في الذرة حد الشذوذ وقوله (قيل لا يحل) هو قول أبي القاسم الصنفار ووجهه أن الدم النجس لم يسيل فلا يكون معنى الذبح وقيل يحل وهو قول أبي بكر الاسكاف لوجود الذكاة بين اللبنة واللحمين والدم قد يحتبس لغاطه أو لضيق المنفذ وقوله (وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه) يريد به قول أبي القاسم الصنفار فانه شرط سيلان الدم قال (وان رمى صيد الخ) اذا قطع بالرمي عضوا من الصيد أكل الصيد لما بينا ان الرمي مع الجرح مبيح وقد وجد ولا يؤكل كل العضوان أمكن حياته بعد الابانة وان لم يمكن أكله وقال الشافعي وهو مذهب ابن أبي ليلى ان مات الصيد منه أكل لانه مبان ذكاة الاضطرار وكل ما كان كذلك حل المبان

كما اذا وقع في الماء قال (وما أصابه المعراض بعرضه لم يؤكل وان جرحه يؤكل) اقوله عليه السلام فيه ما أصاب بمحده فكل وما أصاب بعرضه فلا تأكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال (ولا يؤكل ما أصابته البندقية فمات بها) لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصارت كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك ان رماه بمجر وكذا ان جرحه قالوا تأويله اذا كان ثقيلًا وبه حدة لاحتمال أنه قتله بثقله وان كان الخبز خفيفًا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الخبز خفيفًا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولورماه بمروحة حديد ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه لان العروق تنقطع بنقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوق الشك أولعله مات قبل قطع الاوداج ولورماه به صاوبا بعد حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل أن الموت اذا كان مضافا الى الجرح يتحقق كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل يتحقق كان حراما وان وقع الشك ولا يدري مات بالجرح أو بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف أو بسكين فأصابه بمحده فخرجه حل وان أصابه بقفا السكين أو بقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولورماه بجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذا عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لان الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء ولو ذبح شاة ولم يسيل منه الدم قيل لا تحل وقيل تحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه فان أدماء حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه قال (واذا رمى صيد أقطع عضوا منه أكل الصيد) لما بيناه (ولا يؤكل العضو) وقال الشافعي رحمه الله أكل ان مات الصيد منه لانه مبان ذكاة الاضطرار فيحل المبان

فمات بالرمح والقصة المنصوبة ليس بوقوع على الارض واللهذا جعل المصنف الاول قسما للثاني فيما سيجي واعد الاول مما يمكن التحرز عنه والثاني مما لا يمكن التحرز عنه فلا يحتمل أن يتناول قوله ههنا وان وقع على الارض ابتداء ما وقع على نحو حد الرمح والقصة المنصوبة حتى يحتاج الى أن يقال يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصة المنصوبة على ما سيجي (قوله وان لم يكن مدميا) فكذا عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم أقول بردي على ظاهر هذا التعليل أنه قد تقرر في كتاب الذبايح أن المقصود بالذبح هو اخراج الدم النجس وان الجرح في أي موضع كان من البدن ذبح اضطراري يصار اليه عند العجز عن الذبح الاختياري وهو الجرح فيما بين اللبنة واللحمين وان في كل من الذبحين اخراج الدم الا ان الاختياري أعمل فيه من الاضطراري فكون الدم محتبس بالضيق المنفذ أو غلظ الدم لا يقتضي حل أكل الجروح بالرمي بدون الادماء بل يقتضي حرمة بناء على عدم حصول المقصود بالذبح ويمكن الجواب بان معنى هذا التعليل أن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم فلا يمكن اخراجه ففي اعتبار الادماء جرح فاكثفي بما هو سببه في الغالب وهو الجرح فتأمل (قوله وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله صلى الله عليه وسلم ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار) أقول لما منع أن يمنع دلالة الحديث المذكور على شرط الانهار بناء على عدم القول بفهوم المخالفة تدبر تفهم وطعن فيه صاحب الغاية

(٣٤ - تكمله ثامن) قال المصنف لقوله عليه الصلاة والسلام ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار (الخ) أقول قال الاتقاني وهذا ضعيف عندى لانه كما شرط الانهار شرط فري الاوداج أيضا وفي ذكاة الاضطرار كما لا يشترط فري الاوداج فكذلك لا يشترط الانهار انتهى وفيه بحث اذا ملازمة بينهما وعدم اشتراط الاول في ذكاة الاضطرار بدليل ولا دليل في الثاني

(والمبان منه كما إذا بين الرأس بكاة الاختيار) وذلك لأن قطع أى عضو كان فى ذكاة الاضطراب كقطع الرأس فى ذكاة الاختيار والرأس يؤكل فى ذكاة الاختيار فكذلك العضو والمبان فى ذكاة الاضطراب (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ما بين من الحى فهو ميت) ووجه الاستدلال أنه ذكر الحى مطلقا والمطلق ينصرف الى الفرد الكامل والكامل هو الحى حقيقة وحكما والعضو والمبان بهذه الصفة يعنى أيمن من الحى حقيقة وحكما ما حقيقة فإقيام الحياة به وأما حكمه فلا يتوهم حياته بعد إبانته هذا العضو ولهذا أى وليكونه حيا حكما اعتبره الشرع حتى لو وقع فى الماء (١٨٦) وفيه حياة بهذه الصفة لم يؤكل لحوار أن يكون موته بوقوعه

والمبان منه كما إذا بين الرأس بكاة الاختيار بخلاف ما إذا لم يمت لأنه ما بين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما بين من الحى فهو ميت ذكر الحى مطلقا فنصرف الى الحى حقيقة وحكما والعضو والمبان بهذه الصفة لأن المبان منه حى حقيقة فإقيام الحياة فيه وكذا حكمه لأنه تنوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حيا حتى لو وقع فى الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم وقوله أيمن بالذكاة فلما حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح فى الباقي وعند زواله لا يظهر فى المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الأصل لأن المبان من الحى حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحى صورة لا حكم بحل وذلك بأن يبقى فى المبان منه حياة بقدر ما يكون فى المذبح فانه حياة صورة لا حكم ولهذا لو وقع فى الماء وبه هذا القدم من الحياة أو تردى من جبل أو سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول إذا قطع بدا أورج لا أو فذا أو ثلثه مما يلي القوائم أو أقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لأنه يتوهم بقاء الحياة فى الباقي (ولو قدمه بنصفين أو قطعه أثلاثا والاكثر مما يلي العجز أو قطع نصف رأسه أو أكثر منه يحل المبان والمبان منه) لأن المبان منه حى صورة لا حكم إذا لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح والحديث وإن تناول السمك وما بين من الحى فهو ميت إلا أن ميتته حلال بالحديث الذى روينا (ولو ضرب عنق شاة فأبان رأسها يحل لقطع الاوداج) ويكره هذا الصنيع لابلأغه الخنازع وإن ضربه من قبل القفا مات قبل قطع الاوداج لا يحل وإن لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع بدا أورج لا ولم يمته ان كان يتوهم الانتقام والاندمال فاذا مات حل كله) لأنه بمنزلة سائر أجزائه وإن كان لا يتوهم بأن يبق متعلقا بجذعه حل ما سواه لوجود الإبانة معنى والعبرة للعانى قال (ولا يؤكل صيد المجوسى والمرتد والوثني) لأنهم ليسوا من أهل الذكاة على يدينا فى الذبايح ولا بد منها فى إباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودى لأنهم ممن أهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرابا

بوجه آخر حيث قال وهو إذا ضعف عندى لأنه كما شرط الانهار شرط فرى الاوداج أيضا وفى ذكاة الاضطراب لا يشترط فرى الاوداج فكذلك لا يشترط الانهار انتهى أقول ليس هذا بسيدي لأن عدم اشتراط فرى الاوداج فى ذكاة الاضطراب للعجز عنه ولزوم الجرح فى اشتراطه وهذا غير متحقق فى الانهار إذ لا يعجز عن الجرح بل أرب ثم إن الجرح لا ينفك عن الانهار فى الغالب فلا جرح فى اشتراط الانهار على رأى ذلك البعض فافترقا (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ما بين من الحى فهو ميت ذكر الحى مطلقا فنصرف الى الحى حقيقة وحكما والعضو والمبان بهذه الصفة) قال الشراح يعنى أنه ذكر الحى مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحى حقيقة وحكما والعضو والمبان بهذه الصفة أى أيمن من الحى حقيقة وحكما أقول المقدمة الفائدة أن المطلق ينصرف الى الكامل شائعة فى السنة الفقهاء وكتب أصحابنا لكنها مخالفة فى الظاهر لما تقررى فى أصول أئمتنا من أن حكم المطلق أن يجري على

فى الماء وقوله (أيمن بالذكاة) ذكره ليحيب عنه بقوله قلنا وتقرر بره سلمنا أن ما بين بالذكاة يؤكل ولكن لا ذكاة ههنا لأن هذا الفعل وهو إبانة العضو حال وقوعه ليس بذكاة لبقاء الروح فى الباقي على وجه يمكن الحياة بعده إذ الفرض ذلك والجرح يعتبر بذكاة إذا مات منه أو يكون على وجه لا يمكن الحياة بعده ولهذا الوجه وفيه من الحياة فوق ما فى المذبح لا بد من ذبحه وعند زوال الروح وإن كان ذكاة بالنسبة الى الصيد لكنه ليس بذكاة بالنسبة الى المبان لعدم تأثيره فى موته لفقد الحياة فيه حينئذ فان قيل فليكن ذكاة للمبان بتبعية الأكثر إذا مات من ذلك القطع أجاب بقوله ولا تبعية يعنى الأقل يتبع إلا أكثر إذا لم يفصل عنه وههنا قد انفصل فرالت التبعية والأصل المذكور فى الكتاب ظاهر وقوله

(والاكثر مما يلي العجز) احتراز عما إذا كان الاكثر مما يلي الرأس فانه يؤكل الاكثر لا غير وهذا لان الاوداج قال من القلب الى الدماغ فإن أبان الثلث مما يلي العجز لم يقع الفعل ذكاة لعدم قطع الاوداج وإنما وقعت بموته والجزء مبان عند ذلك وأما إذا أبان الثلث مما يلي الرأس فقد وقع الذكاة بقطع الاوداج نفسه وحينئذ لم يكن الجزء مباناً بالباقي ظاهر وقوله (ولا يؤكل صيد المجوسى) مبناه ما تقدم أن غير أهل الكتاب من الكفار ليس بأهل الذكاة الاختيارية ولا بد منها فى إباحة الصيد

(قوله وتقرر بره سلمنا الخ) أقول هذا التسليم لا يلزم أن يكون مسبوقا بالمنع ليرد أنه لا وجه له

قال (ومن رمى صيدا فأصابه ولم يشنخه الخ) اعلم أن الرجلين إذا رميا صيدا فذاك ينقسم الى قسمين إما أن يرمياه معا أو متعاقبا والاول على أوجه فانه إذا رمياه معا فاما أن يصيب أحدهما أولا فان أصاب فاما أن يشنخه قبل اصابة الثاني أولا والثاني كذلك فانه إما أن يرميه الثاني قبل اصابة السهم الاول أو بعده فان كان الثاني فاما أن يشنخه الاول أولم يشنخه والاول بوجهه والوجه الاول من الثاني غير مذكور في الكتاب وأنا أذكر ذلك تكلمة للإفادة فان رمياه معا وأصابا معا فقتلاه فهو لهما جميعا ويؤكل كل واحد منهما رمى الى صيد مباح فيحل تناوله اعتبارا بحالة الرمي فانه كان صيدا حال رميهما فيقع فعل كل واحد منهما كذا وأصابا الرمي متعاقبا فاستويا في السبيبة وذلك بوجوب المساواة في الملك وان رمياه معا فأصابه سهم أحدهما أولا فشنخه أي أضعفه وأخرجه عن حيز الامتناع ثم أصاب سهم الآخر فقتله فهو للاول وحل أكله عندنا خلافا لغيره ويعتبر حالة الاتصال والسهم الثاني أصابه وهو غير ممتنع فصار كالأول رمى شاه ونحن نعتبر للحل حالة الارسال لان الاصابة بالحل تبينها وهذا تعين التسمية (١٨٧) حالة الارسال والارسال قد حصل

منهما والحل صيد فلم يتعلق بالثاني خطر وللملك حالة الاتصال لان الملك يتصل بالحمل وسهم الاول أخرجه عن حيز الامتناع فملكه قبل أن يتصل به الثاني وان لم يشنخه فهو للثاني وهو ظاهر. وان رماه الثاني بعد رماه الاول قبل أن يصيب سهمه وهو الاول من القسم الثاني فملكه حكم مالورمياه معا هو لهما وحل أكله وأما المذكور في الكتاب فقد أمد من المصنف في بيانه ونشير الى بعض ألفاظه ان خفي فقوله (هذا) اشارة الى قوله ولم يؤكل

(قوله فان أصاب فاما أن يشنخه قبل اصابة الثاني أولا والثاني كذلك) أقول يعني اذا رميا متعاقبا (قال المصنف أما اذا كان الاول

قال (ومن رمى صيدا فأصابه ولم يشنخه ولم يخرج من حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل كل) لانه هو الاخذ وقد قال عليه السلام الصيدين أخذ (وان كان الاول أثنى فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يؤكل) لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة لا القدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان الرمي الاول بحال ينحوم منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني وأما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة لا بقدر ما يبقى في المذبوح كما إذا بان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد لأنه لا يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما أو دونه فعلى قول أبي يوسف لا يحرم بالرمي الثاني لان هذا القدر من الحياة لا عبرة به عنده وعند محمد يحرّم لان هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصارا الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد سواء فلا يحل (والثاني ضامن لقيمته للاول غير مانقصة جراحته) لانه بالرمي أضاف صيدا مملوكا لانه ملكه بالرمي المشنخ وهو منقوص بجراحته وقيمة المتاع تعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه تأويله اذا علم أن القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كما لا كما اذا قتل عبد امرأىضا

اطلاقه كما أن المقيد بحري على تقييده فتأمل في التوفيق (قوله قال رضي الله عنه تأويله اذا علم أن القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه الخ) أقول لقائل أن يقول تأويل المسئلة ههنا بما ذكره بعد أن أواجه مرة فيما قبل بقوله وهذا اذا كان الرمي الاول بحال ينحوم منه الصيد يرى مستدركا لان مجموع التأويلين متعلق بمسئلة واحدة مذكورة في مختصر القدروري وهي قوله وان كان الاول أثنى فرماه الثاني فقتله لم يؤكل والثاني ضامن لقيمته للاول غير مانقصة جراحته انتهى فلما أول المصنف قوله لم يؤكل بما اذا كان الرمي الاول بحال ينحوم منه الصيد تعين أن يكون أيضا قوله والثاني ضامن لقيمته للاول غير مانقصة جراحته فيما اذا كان الرمي الاول بحال ينحوم منه الصيد لان قوله والثاني ضامن لقيمته للاول فرع قوله لم يؤكل فما عو شرط في الاصل شرط في الفرع

بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة لا بقدر ما يبقى في المذبوح (أقول الاظهر أن يقول فان لم يبقى فيه من الحياة لا بقدر ما يبقى في المذبوح يحل الخ وان بقي فيه أكثر مما يبقى في المذبوح الخ فانه ما ذكره بقوله بأن لا يبقى الخ تفصيل لقوله أما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد كما لا يخفى (قوله اعتبارا بحال الرمي) أقول اعتبارا بحالة الرمي هنا ليس لاندلوا بحالة الاتصال لم يحل فانه في تلك الحالة أيضا صيد مباح بل لا يكون المنظور عند الثلاثة لذلك دليل سافهم اليه كما يذكركه (قوله هو يعتبر حالة الاتصال) أقول يعني الاتصال بالحمل (قوله والحمل صيد) أقول الواو الحالية (قوله وللملك حالة الاتصال) أقول عطف على قوله للحل في قوله ونحن نعتبر للحل (قوله وسهم الاول أخرجه) أقول الواو الحالية (قوله وان لم يشنخه) أقول معطوف على قوله فأثنى أي أضعفه الخ (قوله حكمه حكم مالورمياه معا وحل أكله) أقول لانه ههنا من تفصيل فان ذكره اذا أصاب السهمان معا وأما اذا أصاب الثاني بعد اصابة الاول فاما أن أثنى الاول أولم يشنخه

وقوله (وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري قال في الزيارات الخ) بيان لحكم الضمان ولم يذ كر حكم الحل وحكمه انه لم يؤكل لان احدي الرمييتين تعلق بهما حظروا الاخرى تعلق بهما الاباحة وانما لم يذ كره المصنف لانه يعلم من ضمان اللحم وانما كان حكم صورته الجاهلة وهي أن لا يدري أن الموت حصل بأيهم ما كصورة العلم بذلك لان كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهرا فبإضاف اليهما قيل كان لواجب أن يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة وهو فاسد لان ضمان نقصان الجراحة انما هو بسبب قبل سبب ضمان نصف

(١٨٨)

وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري قال في الزيارات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمنه نصف قيمته مجزوءا بجراحته ثم يضمن نصف قيمة لحمه أما الاول فلانه جرح حيوانا لم يملك كالغدير وقد نقصه فيضمن ما نقصه أولا وأما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجزوءا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا وأما الثالث فلان بالرمي الاول صار بحال يحصل بذ كاه الاختيار لولاي الرمي الثاني فهذا بالرمي الثاني أنفسه وعليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الاخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماء الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فأنتخه ثم رماء ثانيا فأنزله لا يحل لان الثاني محرم كذا هذا قال (ويجوز اصطيد ما يؤكل كل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل كل) لا طلاق ماتلونا والصيد لا يختص بما كول اللحم قال قائلهم

يعني أن ما تقدم كان فيما اذا كان الرامي الثاني غير الرامي الاول وهذا فيما اذا رماه الاول ثانيا قوله (فالجواب في حكم الاباحة الخ) يعني لافي حكم الضمان لان الانسان لا يضمن ماله نفسه بفعله لنفسه والباقي وانح

كتاب الرهن

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث كونهما سبيلين للحصول المال ومن محاسنه حصول النظر لجانب الدائن والمدين وسببه ما ذكرنا غير مرة وشرط جوازه وتفسيره ومشروعيته وحكمه مذکور في الكتاب وسند كره شيئا فشيئا أما تفسيره فمأذ كره

(قال المصنف وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري) أقول هذا يوهم أن بين المسئلتين فرقا أعني بين ما اذا حصل

صيد المملوك أرايب ونعالب * واذركبت فصيدي الابطال ولان صيده سبب لانتفاع بجلده أو شعره أو ريشه أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع

كتاب الرهن

أيضا واذ علم أن الرمي الاول كان بحال ينجم منه الصيد علم أن القتل حصل بالرمي الثاني فلا حاجة الى التأويل الثاني ثم أقول في الجواب ان كون الرمي الاول بحال ينجم منه الصيد انما يقتضي أن لا يحصل القتل بالرمي الاول فقط ولا يقتضي أن يحصل القتل بالرمي الثاني وحده لجواز أن يحصل من اجتماع الرميين اذ قد يكون في حالة الاجتماع ما لا يكون في حالة الانفراد ومما اذ المصنف بالتأويل الثاني التقييد بما علم كون القتل حاصل بالرمي الثاني وحده والمقصود منه الاحتراز عما ذكره بقوله وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري ولا يفيد التأويل الاول هذا التقييد لان القيد الذي ذكره أولا أعم تحقما من القيد الذي ذكره ثانيا لتناوله صورة أن يحصل القتل من مجموع الرميين كما يتناول صورة أن يحصل بالرمي الثاني وحده وانما المقصود من التأويل الاول الاحتراز عما اذا كان الرمي الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى في المذبح وعما اذا كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا أنه يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح كما فصله من قبل فلا استدراله أصلا بل أصاب كل من التأويلين مجراه

كتاب الرهن

مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث ان كل واحد من الرهن والاصطياد سبب للحصول المال

القتل بالثاني وحده أو بهما أو يس كذلك بل لا فرق بينهما لانه في الموضوعين يضمن الثاني جميع قيمته غير ما نقصته جراحة الاول الرهن الا أنه بين في المسئلة الاولى جميع الحاصل وفي الثانية بين طريق الضمان نقل ذلك عن قاضيان أي عدم الفرق بين المسئلتين الى آخر ما ذكره الامام الزملي فراجع (قال المصنف قال قائلهم صيد المملوك أرايب ونعالب * واذركبت فصيدي الابطال) أقول البيت لعنزة العنسي وهو جاهلي وهم كانوا يأكلون الشعالب وما هو شر منها فان كان استدلاله به افق فحريم أكل الثعلب خلاف بين علماء المسلمين فقد ذهب الشافعي وغيره الى القول بحله وان كان استدلاله بصيد الابطال فقتل الابطال لا يسمى صيدا الا بقربنة فهو مجاز وذلك بمنزلة تسمية الشجاع أسدا ولا يصلح الاستدلال به على أن الصيد لا يختص بما كول اللحم

(الرهن لغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشرع جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الرهن بمعنى المرهون) كالديون وهو احتراز عن ارتهاج الخروج عن الرهن عن الحدود والقصاص وأما مشروعيته فبقوله تعالى فرهان مقبوضة وهو جمع رهن كعباد في جمع عبد وعماروي أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه (١٨٩)

وبالاجماع فان الامنة اجتمعت على جوازها من غير تكبر وبالمعقول وهو أنه عقد وثيقة بجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال (الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض) كذا في الشروح أقول يرد على ظاهر هذا التوجيه أن المناسبة المذكورة متحققة بين ما ذكر في كثير من الكتب السابقة واللاحقة فلا تكون مرجحة لإيراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والجواب أن المراد أن هذه المناسبة مع ملاحظة المناسبات المذكورة في الكتب السابقة واللاحقة تقتضي إيراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد ولا يلزم تفويت تلك المناسبات فتكون مرجحة مع تلك الملاحظة وقد نهت على هذه النسبة غير مرة في نظائر هذا المقام فلا تغفل ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جاني الدائن والمدين كما فصل في النهاية ومعراج الدراية وسببه ما ذكر في سائر المعاملات من تعاقب البقاء المقدر بتعاطيه وأما تفسيره لغة وشريعة وركنه وشرط جوازه وشرط لزومه ودلائل مشروعيته وحكمه فيجبي كل ذلك في الكتاب شيئاً فشيئاً صراحة أو إشارة فتنبه له في موضعه ان شاء الله تعالى (قوله الرهن في اللغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشرع جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون) قال بعض الفضلاء هذا تعريف الرهن التام أو اللازم والافقي انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض انتهى أقول ليس هذا بسديد إذ لا شك أنه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشيء محبوساً بحق إلا أن للعقد الرجوع عنه ما لم يقبض المرتهن الرهن فقبل القبض بوجده معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك إلا بعد القبض والمأخوذ من التعريف المذكور في الكتاب للرهن إنما هو نفس الحبس لا لزومه فيه صدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه أيضاً لا ريب ثم إن الأمام النسبي لما قال في الكنز هو حبس شيء بحق يمكن استيفاءه منه كالدين قال الزيلعي في شرحه هذا حده في الشرع ثم قال وقوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين لأنه هو الحق الممكن استيفاءه من الرهن لعدم تعيينه انتهى أقول فيه نظر لأن الظاهر المتبادر من الكاف في قوله كالدين أن يجوز الرهن بغير الدين أيضاً فان لم يكن في قوله كالدين إشارة إلى جواز الرهن بغير الدين أيضاً فلا أقل من أن لا يكون فيه إشارة إلى انحصار ما يجوز الرهن به في الدين فلا وجه لقول الزيلعي قوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين (قوله الرهن ينعقد بالايجاب والقبول) قال في العناية ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنك هذا المال بدين لك على وما أشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بان قال هذا منقوض بعقد التبرعات وقال إلا أن يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع أقول ليس شيء من إرادته وتوجيهه يستقيم أما الأول فلان من يقول من المشايخ بأن انعقاد الرهن لا يكون إلا بجموع الايجاب والقبول يقول بأن الأمر كذلك في سائر عقد التبرعات أيضاً واختلاف المشايخ في أن القبول هل هو ركن كالاجباب أم لا ليس يختص بعقد الرهن بل بعم سائر التبرعات أيضاً من العقود كالهبة والصدقة كما مر في أوائل كتاب الهبة فلا انتقاض بشيء على أصل من يقول من المشايخ بأن القبول ركن في كل عقد وقول القسود ركن الرهن ينعقد بالايجاب والقبول

الرهن لغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشرع جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون وهو مشروع بقوله تعالى فرهان مقبوضة وعماروي أنه عليه السلام اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة بجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال (الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض)

كذا في الشروح أقول يرد على ظاهر هذا التوجيه أن المناسبة المذكورة متحققة بين ما ذكر في كثير من الكتب السابقة واللاحقة فلا تكون مرجحة لإيراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والجواب أن المراد أن هذه المناسبة مع ملاحظة المناسبات المذكورة في الكتب السابقة واللاحقة تقتضي إيراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد ولا يلزم تفويت تلك المناسبات فتكون مرجحة مع تلك الملاحظة وقد نهت على هذه النسبة غير مرة في نظائر هذا المقام فلا تغفل ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جاني الدائن والمدين كما فصل في النهاية ومعراج الدراية وسببه ما ذكر في سائر المعاملات من تعاقب البقاء المقدر بتعاطيه وأما تفسيره لغة وشريعة وركنه وشرط جوازه وشرط لزومه ودلائل مشروعيته وحكمه فيجبي كل ذلك في الكتاب شيئاً فشيئاً صراحة أو إشارة فتنبه له في موضعه ان شاء الله تعالى (قوله الرهن في اللغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشرع جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون) قال بعض الفضلاء هذا تعريف الرهن التام أو اللازم والافقي انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض انتهى أقول ليس هذا بسديد إذ لا شك أنه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشيء محبوساً بحق إلا أن للعقد الرجوع عنه ما لم يقبض المرتهن الرهن فقبل القبض بوجده معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك إلا بعد القبض والمأخوذ من التعريف المذكور في الكتاب للرهن إنما هو نفس الحبس لا لزومه فيه صدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه أيضاً لا ريب ثم إن الأمام النسبي لما قال في الكنز هو حبس شيء بحق يمكن استيفاءه منه كالدين قال الزيلعي في شرحه هذا حده في الشرع ثم قال وقوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين لأنه هو الحق الممكن استيفاءه من الرهن لعدم تعيينه انتهى أقول فيه نظر لأن الظاهر المتبادر من الكاف في قوله كالدين أن يجوز الرهن بغير الدين أيضاً فان لم يكن في قوله كالدين إشارة إلى جواز الرهن بغير الدين أيضاً فلا أقل من أن لا يكون فيه إشارة إلى انحصار ما يجوز الرهن به في الدين فلا وجه لقول الزيلعي قوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين (قوله الرهن ينعقد بالايجاب والقبول) قال في العناية ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنك هذا المال بدين لك على وما أشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بان قال هذا منقوض بعقد التبرعات وقال إلا أن يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع أقول ليس شيء من إرادته وتوجيهه يستقيم أما الأول فلان من يقول من المشايخ بأن انعقاد الرهن لا يكون إلا بجموع الايجاب والقبول يقول بأن الأمر كذلك في سائر عقد التبرعات أيضاً واختلاف المشايخ في أن القبول هل هو ركن كالاجباب أم لا ليس يختص بعقد الرهن بل بعم سائر التبرعات أيضاً من العقود كالهبة والصدقة كما مر في أوائل كتاب الهبة فلا انتقاض بشيء على أصل من يقول من المشايخ بأن القبول ركن في كل عقد وقول القسود ركن الرهن ينعقد بالايجاب والقبول

(قال المصنف وفي الشريعة جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الرهن كالديون) أقول هذا تعريف الرهن التام أو اللازم والافقي انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض والكاف في قوله

كالدين مقحم إن كان الرهن بالاعيان المضعونة بأنفسها رهناً بالدين والافق لا أقام وسيجيء التفصيل في الورق الآتي (قوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول) أقول منقوض بعقد التبرعات إلا أن يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع وسيجيء تحقيقه من الشارح

(قائوا) أراد به شيخ الاسلام خواهر زاده (الركن الايجاب بمجرد لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالتبرع) فالرهن يتم بالتبرع أما أنه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازاء ما أثبت للرتهن من اليد شيئاً عليه ولا نعى بالتبرع الا ذلك وأما أن كل ما هو كذلك يتم بالتبرع فكالهبة والصدقة وفيه نظر لانه استوجب عليه ضميره مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب أن المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك قوله (١٩٠) (والقبض شرط لزوم) كانه تفسيراً لقول القدوري ويتم

بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزاً وبه يلزم وهو أيضاً اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا بمقبوضا وقال الحاكم الشهيد في الكافي لا يجوز الرهن غير مقبوض وقال الطحاوي في مختصره لا يجوز الرهن الا بمقبوضا مفرغاً محمداً وقال الكرخي في مختصره قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا بمقبوضا وقال مالك يلزم الرهن بنفس العبد لانه يختص بنفس المال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فلا يكون القبض شرطاً كالكفالة

(قال المصنف لانه عقد تبرع فيتم بالتبرع كالهبة) أقول في أول كتاب الهبة أنها تصح بالايجاب والقبول وعلة المصنف بأنه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول فليتأمل (قوله ما أثبت للرتهن

قائوا الركن الايجاب بمجرد لانه عقد تبرع فيتم بالتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط لزوم على ما بينه ان شاء الله تعالى وقال مالك يلزم بنفس العبد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فأشبهه الكفالة

وتعليل صاحب العناية آياه بقوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول مبني على أصل هؤلاء المشايخ وأما قول سائر المشايخ فقد ذكره المصنف بقوله قائلوا الركن الايجاب بمجرد لانه عقد تبرع فيتم بالتبرع وأودع صاحب العناية في شرحه وأما الثاني فلانه لو خص العقد في الصغرى بما سوى التبرع صار المعنى لانه أي الرهن عقد غير تبرع وكل عقد غير تبرع ينعقد بالايجاب والقبول ولا شك أن الصغرى نصير حينئذ كاذبة اذ لم يقل أحد بأن عقد الرهن ليس بعقد تبرع بل أطلبت كلماتهم على أنه عقد تبرع فلا صحة للتخصيص بما سوى التبرع (قوله قائلوا الركن الايجاب بمجرد لانه عقد تبرع فيتم بالتبرع كالهبة والصدقة) قال صاحب العناية في حل هذا التعليل لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالتبرع فالرهن يتم بالتبرع أما أنه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازاء ما أثبت للرتهن من اليد شيئاً عليه ولا نعى بالتبرع الا ذلك وأما أن كل ما هو كذلك يتم بالتبرع فكالهبة والصدقة وفيه نظر لانه استوجب عليه ضميره مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب أن المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك انتهى أقول في الجواب بحث لان الراهن ان لم يستوجب شيئاً على المرتهن ابتداء فقد استوجب عليه شيئاً في البقاء وهو ضرورة المرتهن مستوفيا لدينه عند الهلاك فلم يكن الرهن عقد تبرع من كل وجه بل كان فيه معنى المعاوضة من وجه حيث صار المرتهن مستوفيا لدينه عنده لاله الرهن في يده فينبغي أن لا يتم بالايجاب الراهن وحده بل لابد أن يتوقف على قبول المرتهن أيضاً حتى يتم جعلنا آياه مستوفيا لدينه حكماً عند الهلاك كما هو مذهبنا على ما سيجي تفصيله فليتأمل (قوله والقبض شرط لزوم على ما بينه) قال في العناية كانه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزاً وبه يلزم وهو أيضاً اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا بمقبوضا وقال الحاكم في الكافي لا يجوز الرهن غير مقبوض وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الا بمقبوضا مفرغاً محمداً وقال الكرخي في مختصره قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا بمقبوضا الى هنا لفظ العناية وقصد بعض الفضلاء دفع مخالفة ما في الكتاب لرواية عامة الكتب فقال سبق في كتاب الهبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز الهبة الا بمقبوضة والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتأمل انتهى أقول هذا قياس مع الفارق اذ قد دعت الضرورة هناك الى صرف نفي الجواز عن ظاهره اذ الجواز قبل القبض ثابت هناك بالاجماع فحملنا نفي الجواز بدون القبض في قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الا بمقبوضة على نفي ثبوت حكم الهبة وهو الملك لله وهو له وأما هنا فلا ضرورة ولا مجال للحمل على نفي ثبوت الملك للرتهن بدون القبض وثبوته له بالقبض كما هو موجب النفي والاستثناء اذ ليس حكم الرهن

من اليد شيئاً عليه) أقول ضميره عليه راجع الى المرتهن (قوله وفيه نظر لانه استوجب عليه ضميره الخ) أقول ولما ضمير لانه راجع الى الراهن وضمير عليه وضميره راجعان الى المرتهن (قوله وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا بمقبوضا) أقول سبق في كتاب الهبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز الهبة الا بمقبوضة والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتأمل

(وانما تلونا) من قوله تعالى فرهان مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر كما في قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر أي فليصم وكافي قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة أي فليجرب فيكون تقديره والله أعلم وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فارهقوا وارتموا اليك ترك كونه معمول به في حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المدين ولا قبوله على الدائن بالاجماع فوجب أن يعمل في شرطه وهو القبض كما في قوله صلى الله عليه وسلم الخنطة بالخنطة مثلا بمثل بالنصب أي بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح فصرف الى شرطه وهو المماثلة في أموال الربا فكذا هذا وفيه بحث من أوجه الاول ما قيل ان المصنف جعل الرهان مصدرا وهو جمع رهن والثاني انه يجوز أن يكون الامر للاباحة بقريضة الاجماع فينصرف الى الرهن لا الى القبض والثالث ان القبض ان كان شرطا للجواز أو للزوم وسلم ذلك فقد ارتفع النزاع ولا حاجة الى الدليل والرابع ان الآية متروكة الظاهر لان ظاهرها يدل على أن الرهن انما يكون في السفر كما قال به مجاهد والضحاك وقد ترك ومتروك الظاهر لا يصلح حجة والجواب عن الاول أنه مما يقتضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر جمعه كذلك واسناد مقبوضة الى ضمير المصدر مجاز عقلي كافي سيل مفعوم وعن الثاني أن الامر في الوجوب حقيقة كما عرف والاجماع لا يصلح قريضة للجواز لان المجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له بقريضة والاجماع لم يكن حال استعمال هذا اللفظ واعمال الحقيقة

(١٩١)

في الرهن غير ممكن فصرف الى القبض وعن الثالث أن الدليل لزام مالك رحمه الله حيث لا يجعله شرط الزوم ولا الجواز وذلك أن الله تعالى وصف الرهن بالقبض كما وصف التجارة بالتراضي والتراضي وصف لازم في التجارة فكذلك القبض في الرهن لا يقال هذا استدلال بمفهوم الصفة وهو ليس بصحيح اما ذلك مذهب الجمهور من أصحابنا فيجوز أن يكون المصنف قد اختاره واما لان عدم

ولنا ما تلونا والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما أن الرهن لا يستوجب عقابته على المرتين شيئا والله لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كافي الوصية وذلك بالقبض

ثبوت الملك للرتن بحال أصلا في نفي الجواز ههنا على ظاهره قوله (وانما تلونا والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر) نظيره قوله تعالى فضر الرقاب أي فاضر بوجها وقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة أي فليجربوها وقوله تعالى فعدة من أيام أخر بتقديروا فصوص عدة من أيام أخر أي فليصم عدة من أيام أخر فكان المصدر فيما تلونا ههنا أيضا وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة بمعنى الامر أي فارهقوا وارتموا ثم لما كان معنى الامر ولم يعمل بوجوب الامر الذي هو الوجوب والزموم في حق نفس الرهن حيث لم يجب الرهن على المدين بالاجماع وجب أن يعمل به في شرطه وهو القبض كما قلنا في قوله عليه الصلاة والسلام الخنطة بالخنطة مثلا بمثل بالنصب أي بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح غير واجب فصرف الى شرطه وهو المماثلة في أموال الربا فكذا ههنا هذا زبدة ما ذكر في جملة الشروح في شرح هذا المقام ثم ان كثيرا من الشراح استشكلوا كلام المصنف ههنا فقال صاحب النهاية في تسميته الرهان بالمصدر نظرا لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والجل والجلال كذا في كتب اللغة ولان قوله مقبوضة بالتأنيث دال على انه جمع وليس بمصدر ولو عمل متمحل بتصحيح ما في الكتاب

الصحة انما يكون اذا لم تكن الصفة مقصودة وقد ذكرنا آنفا أن الوجوب انصرف اليها وعن الرابع أننا لانسلم أن متروك الظاهر بدليل ليس بحجة لان النصوص المؤولة متروكة الظاهر وهي عامة الدلائل هذا ما سنخلى في هذا الموضع والله أعلم وقوله (ولانه عقد تبرع) دليل معقول على اشتراط القبض وهو واضح

(قوله كافي قوله تعالى فن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر) أقول فان التقدير فصوص عدة (قوله الاول ما قيل) أقول القائل هو الاتقاني والكاكي (قوله ولا حاجة الى الدليل) أقول كيف لا يحتاج الى الدليل وهي مسألة فرعية لا تسلم الا عن دليلها من الكتاب أو السنة أو الاجماع أو القياس (قوله والجواب عن الاول أنه مما يقتضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر جمعه كذلك) أقول فيه بحث فان الذي جمع على رهان هو الرهن بمعنى المرهون يدل عليه توصيفه بمقبوضة ومجازي الاستعمال أيضا ولعل الاولى أن يقال التقدير فرهن رهان كافي قوله تعالى فعدة من أيام أخر وذلك مراد المصنف ويؤيد ما ذكرناه ما قاله القاضي في تفسيره رهان ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون انتهى وما قاله الامام عمر النسفي في تفسيره رهان جمع رهن وهو العين المقبوض بالدين توثيقا له وما قاله الشيخ النسفي أيضا في نفسه يره ثم الرهن مصدر والمصدر قد جعل أمما ويزول عنها عمل الفعل فاذا قال رهنهت عنه دز يرهنا لم يكن انتصابه انتصاب المصدر بل انتصاب المفعول به كما يقال رهنهت ز بدائيا ولما جعل امما جمع كما يجمع الاسماء رهن ورهان انتهى وهكذا في التفسير الكبير

بقوله تقديره فرهن رهان مقبوضة فكان المصدر محذوفاً فجعل المحذوف بمنزلة الثابت فقال
 والمصدر المقرون بحرف الفاء والرهان لما كان مصدراً على قول صاحب الكتاب كان ارادة
 المرهون به جائزة كالرهن يراد به المرهون ثم أنت المرهون بتأويل السلعة أو العين فقبل مقبوضة
 بالتأنيث كما يؤنث الصوت بتأويل الصيغة لكان وجهاً بعد اذ في الاول ورود الالباس وفي الثاني
 لا يبي في المصدر بحقيقته والله أعلم الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب غاية البيان وقد سمي صاحب
 الهداية الرهان مصدراً كما ترى وكذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي
 ولنا فيه نظراً لانه خلاف ما ثبت في قوائم اللغة كالمجهره وديوان الادب وغيرهما لانهم قالوا الرهان
 جمع رهن وجمع الرهن رهنون ورهان ورهن بضمين والرهنه بمعنى الرهن أيضاً وجمعها رهاثن
 نعم الرهان يحكى مصدر من قولهم رهنه على كذا أى خاطره مرهنة ورهان من باب المفاعلة
 ولكن ليس ذلك مما نحن فيه ولو كان المصدر هو المراد في الآية لم يحتج في صفة الرهان الى تاء
 التأنيث فافهم الى هنا لفظه وقال صاحب الكفاية في تسميته الرهان بالمصدر نظراً لان الرهان جمع
 رهن كالتعل والنعال والحبل والحبال وقوله مقبوضة بالتأنيث دال على أنه جمع وليس
 بمصدر وانما قال والمصدر المقرون لان تقديره والله أعلم فرهن رهان مقبوضة انتهى وقال صاحب
 معراج الدراية وفي النهاية في تسميته الرهان بالمصدر نظراً لان الرهان جمع رهن كالتعل والنعال فكذا في
 كتب اللغة ويدل عليه قوله مقبوضة بالتأنيث فدل أنه جمع لا مصدر وقال في الفوائد الشاهية يجوز
 أن يكون الرهان مصدراً من باب المفاعلة كالقتال والضرب ومقبوضة صفة لموصوف محذوف وهو
 فرهان مرهونة مقبوضة وأنت المرهون بتأويل السلعة أو العين كما يؤنث الصوت بتأويل الصيغة ويجوز
 أن يكون الرهان مصدراً بمعنى المفعول وأنت المرهون لما ذكرنا ويجوز أن يكون الرهان فاعلاً مقام مصدر
 محذوف وهو فرهن رهان مقبوضة فيكون مصدراً تقديره لا تحقيقاً الى هنا كلامه وأما صاحب العناية
 فعندما استشهد بكلامه أمرهنا ونعجب منه حيث قال قبل ان المصنف جعل الرهان مصدراً وهو جمع رهن
 ثم قال والجواب عنه أنه مما يفتى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر جمعه كذلك واسناد مقبوضة
 الى ضمير المصدر مجاز عقلي كافي سيل مغم انتهى أقول منشأ مجازفته هذه الغفول عما ذكر في كتب اللغة
 وكتب التفسير لان كون الرهان جمع رهن أمر مقرر وأما كونه جمع رهن بمعنى المصدر فكلا بل
 هو جمع رهن بمعنى المرهون قال في المغرب والرهن المرهون والجمع رهنون ورهان ورهن وقال في
 القاموس الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك والجمع رهان ورهنون ورهن بضمين وقال
 في الصحاح الرهن معروف والجمع رهان مثل حبل وحبال وقال في تفسير القاضى رهان ورهن كلاهما
 جمع رهن بمعنى مرهون وكذا في سائر التفاسير ثم ان كون اسناد مقبوضة الى ضمير رهان مجازاً عقلياً
 خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا ضرورة داعية اليه وهي منتفية في الآية المزبورة اذ يصح المعنى ويحسن
 جداً يحمل الرهان على جمع الرهن بمعنى المرهون كما جعل عليه المفسرون ويكون الاسناد اذ ذلك
 حقيقياً فاما معنى العـدول عنه وبناء استدلالنا بتلك الآية على ما هو خلاف الظاهر وخلاف ما عليه
 قول المفسرين ثم ان تمثيله المجاز العقلي الذي ذهب اليه ههنا بـل مغم قبيح جداً فان المغم اسم مفعول
 أسند الى الفاعل كما عرف في موضعه وليس مما أسند الى المصدر بخلاف ما نحن فيه على ما ذهب اليه
 فالمناسب في التمثيل ههنا أن يقول كافي شعراً على ما ذكر في كتب علم البلاغة ثم أقول التوجيهات
 التي ذكرت في سائر الشروح لتصحيح ما في الكتاب كلها أيضاً خلاف الظاهر وخلاف ما عليه جهـور
 المفسرين فالانصاف أن التمسك عملها لا يفد القطع ولا الالتزام على الخصم ولكن الاقرب والاشبه من
 بينهم أن يكون التقدير فرهن رهان مقبوضة على أن يكون المصدر المقرون بالفاء محذوفاً كافي قوله تعالى

قوله (ثم يكتفى فيه بالتخلية) يريد به ارفع المانع ووجه ظاهر الرواية واضح وقوله (لانه) أي قبض الرهن (قبض موجب للضمان ابتداء) لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل القبض حتى ينتقل الضمان منه الى المرتهن وكل قبض هذا شأنه لا يكتفى فيه بالتخلية كما في الغصب فان المخصوص لا يصير مضمونا بدون النقل فكذلك المرهون وفيه نظر لان القبض بعقد التسبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التسبرع والضمان منافاة ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفى التسبرع فلا ينعقد الرهن الا بالايجاب والقبول وعلى ذلك رواية الكتب كالمتنفي والمحيط وغيرهما (بخلاف الشراء) جواب عن قياس وجه الظاهر بان القبض في الشراء ناقلا للضمان من البائع الى المشتري لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم الى المشتري مضمونا على البائع بالثمن وبالتسليم اليه ينتقل الضمان منه اليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتداء وقوله (والاول) أي وجه الظاهر (أصح) لان الرهن توثيقا لجهة الاستيفاء وحقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية بان يحل الراهن بين المرتهن ودينه فكذلك جهته اذا لحقيقة أقوى من الجهة وما يثبت به (١٩٣) الأقوى يثبت به الادنى وأما الوصف

المذكور في وجهه غير الظاهر وهو كونه القبض في الشراء ناقلا للضمان وفي الرهن مثبتا ابتداء فلا يكاديين وقوله (فاذا قبضه المرتهن الخ) قد ثبت أن القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة أن المنصوص معتنى بشأنه وذلك يقتضي الكمال والكمال في القبض هو أن يكون الرهن محورا مفرغا متميزا فيجب ذلك وقوله محورا احتراز عن رهن التمر على رؤس النخل بدونها وقوله (مفرغا) احتراز عن عكسه وقوله (متميزا) احتراز عن الشيوع في الرهن فان قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم وان لم يقبضه فالراهن بالخيار بين التسليم وعدمه

ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقلا للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول أصح قال (واذا قبضه المرتهن محورا مفرغا متميزا تم العقد فيه) لوجود القبض بكماله فلزم العقد (وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن)

فعدة من أيام أخر فان التقدير فيه فصوص عدة من أيام أخر تأمل ترشد (قوله ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع) قال بعض الفضلاء هذا منقوض بصورة الصرف فانه لا بد فيه من القبض بالبراجم ولا يكتفى بالتخلية مع جريان الدليل الا أن ثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونه مختارا للمصنف انتهى أقول الجواب عن هذا النقض هين فان التعليل المذكور على موجب القياس ولزم القبض في الصرف انما يثبت بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم يبدأ به كما تقر في محله والقياس يترك بالنص على ما عرف بخلاف ما نحن فيه فانه لم يرد فيه نص يقتضي حقيقة القبض وعدم كفاية التخلية فعملنا فيه بموجب القياس (قوله وعن أبي يوسف انه لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب) قال صاحب العناية فيه نظر لان القبض بعقد التسبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التسبرع والضمان منافاة ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفى التسبرع انتهى أقول هذا النظر في غاية السقوط لان جهة التسبرع في الرهن غير جهة الضمان فيه فان جهة التسبرع فيه من حيث انه يجعل محبوسا في يد المرتهن بلا استيجاب شيء عليه بمقابلة ذلك وجهة الضمان فيه عند الهلاك من حيث انه يثبت فيه للمرتهن يد الاستيفاء من وجهه فيستقر عند الهلاك فيصير المرتهن بذلك مستوفيا لدينه كما ستطلع على بيانه والمنافاة بين التسبرع والضمان انما تلزم أن لو كانا من جهة واحدة وليس فليس والعجب من صاحب العناية انه كيف خفي عليه هذا المعنى مع ظهوره مما سياتي في الكتاب من تفصيل دليلنا العقلي على مسئلة أنه اذا سلم الراهن المرهون الى المرتهن دخل في ضمانه (قوله فاذا قبضه المرتهن محورا مفرغا متميزا تم العقد فيه) قال صاحب

(٣٥ - تسكمه ثامن) (قال المصنف لانه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع) أقول منقوض بصورة الصرف فانه لا بد فيه من القبض بالبراجم ولا يكتفى بالتخلية مع جريان الدليل الا أن يثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونه مختارا للمصنف (قوله لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل العقد) أقول الاولى أن يقال قبل القبض (قوله وما يثبت به الأقوى يثبت به الادنى) أقول لم لا يجوز أن يحتاج الادنى لضعفه الى ما يقويه ويؤكده (قوله فلا يكاديين) أقول فيه بحث (قوله محورا احتراز عن رهن التمر على رؤس النخل بدونها) وقوله مفرغا احتراز عن عكسه وقوله متميزا احتراز عن الشيوع في الرهن (أقول قال صدر الشريعة في شرحه لا وقاية فقبض محورا أي مقسوما غير شائع مفرغا أي غير مشغول بحق الراهن حتى لا يجوز رهن الارض بدون النخل والشجرة بدون الثمر ودار فيها متاع الراهن بدون المتاع مما إذا كان متصلا بحق الراهن خاتمة كالنخل على الشجر يجب أن يميز ويفصل عنه فالمفرغ والمميز يتعلق بالمحل فيجب فراغه عما حل فيه وهو ليس بمرهون سواء كان اتصاله به خلقا أو مجاورة والمميز يتعلق بالخاص في المحل فيجب انفصاله عن محل غير مرهون اذا كان اتصاله به خلقا حتى لو كان اتصاله بالمجاورة لا يضر كرهن المتاع الذي في بيت الراهن انتهى فتأمل التغاير بين التفسيرين

لما ذكرنا أن الزوم أو الجواز بالقبض إذا المقصود وهو الاستيفاء لا يحصل قبله أي قبل القبض فإذا قبضه المرتهن دخل في ضمانه وقال الشافعي هو أمانة في يده لا يسقط به إلا كشيء من الدين لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن قالها أي هذه الأمانة ثلاثا لصاحبه غنمه أي زوائده وعليه غرمه أي هلاكه قال ومعناه لا يصير أي الرهن مضمونا بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين ليزداد به الصيانة فلو سقط الدين به لا كعاد على موضوعه بالنقض ولنا قوله صلى الله عليه وسلم للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقه وحقه الدين فيكون ذاهبا لا يقال المراد به ذهب حقه من الامسالك أو من المطالبة برهن آخر لأن الأول مشاهد فلا فائدة في الاخبار عنه والثاني ليس بحقه ولأنه ذكر الحق في أول الحديث منكر أن رجلا رهن فرسا عنه درجل بحقه عليه فنفق الفرس عند المرتهن فاختمه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال للمرتهن ذهب حقه فذكر الحق منكر أن أعاده معر فاف في ذلك يكون الثاني عين الأول كذا في النهاية وفيه نظر لأن أحدهما كلام الراوي والآخر كلام النبي عليه السلام ومثل ذلك ليس من القواعد المذكورة إلا إذا علم أن المنكر كان واقعا من المرتهن في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعلم ذلك وقوله عليه الصلاة والسلام إذا غنى الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا

(١٩٤)

لما ذكرنا أن الزوم بالقبض إذا المقصود لا يحصل قبله قال (وإذا سلمه إليه فقبضه دخل في ضمانه) وقال الشافعي رحمه الله هو أمانة في يده ولا يسقط به شيء من الدين به إلا كقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين فبه لا كعاد على موضوعه بالنقض ولنا قوله صلى الله عليه وسلم للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقه وقوله عليه السلام إذا غنى الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك واجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفية القول بالامانة خرقه والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي والتمكن بأن يصير مملوكا كذا ذكر الكرخي عن السلف ولأن الثابت للمرتهن بدل الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لأن الرهن ينبت عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم

لا أدري كم كان قيمته والمرتهن كذلك قال يكون الرهن بما فيه حكي هذا التأويل عن أبي جعفر وقوله (مع اختلافهم في كيفية) يعني أنهم اتفقوا على أن الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كيفية ورؤي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه مضمون بالقيمة وروى عن ابن عمر وابن مسعود أنهم ما قالوا الرهن مضمون بالاقبل من قيمته ومن الدين وهكذا روى عن علي رضي الله عنه في بعض الروايات وروى عن ابن عباس أنه مضمون بالدين واختلافهم على

العناية في شرح هذا المقام قد ثبت أن القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة أن المنصوص معتق بشأنه وذلك يقتضي الكامل والكامل في القبض هو أن يكون الرهن محوza مفرعا متميزا فوجب ذلك انتهى أقول لقائل أن يقول هذا البسط والتقرير يقتضي أن لا يثبت القبض بالتخليفة في باب الرهن بل يجب أن يضع المرتهن يده حقيقة على المرهون إذ لا شك أن الكامل في القبض هو الثاني وهذا خلاف ما تقر في ظاهر الرواية وخلاف ما هو المختار في عامة المعبرات (قوله لأن الرهن ينبت عن الحبس الدائم) قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم

وفارقك

هذا الوجه اجماع منهم على أنه مضمون فالقول بكونه

أمانة خرق للاجماع والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي أي يصير مملوكا كذا ذكر الكرخي عن السلف كطاوس وبرايم وغيرهما وقال مالك رحمه الله وتفسير ذلك فيما يرى أن يرهن الرجل الرهن بالشيء وفي الرهن فضل عماره به فيقول الراهن للمرتهن ان جئت بحقه إلى أجل بسميه والافالرهن لا بما فيه فهذا لا يصح ولا يحل وهذا الذي ينهى عنه فان جاء صاحبك بما فيه بعد الاجل فهو له وقوله له غنمه وعليه غرمه قال الطحاوي في شرح الآثار ذهبوا في تفسير قول سعيد بن المسيب يعني أن أبا حنيفة وأبا يوسف ونحوهم إلى أن ذلك في البيع إذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص وإن بيع بفضل عن الدين أخذ الراهن ذلك الفضل وقوله (ولأن الثابت للمرتهن بدل الاستيفاء) دليل معقول على المطلوب وتقريره الثابت للمرتهن بدل الاستيفاء ويدل الاستيفاء هو ملك اليد والحبس لأن الرهن لغته ينبت عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة أي محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصي وقال زهير

(قال المصنف وقوله عليه الصلاة والسلام إذا غنى الرهن فهو بما فيه) أقول الباء للمقابلة والمعاوضة

وفارقتك برهن لافكالك له * يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

أي ارتفعت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه عندها إلى وجه لا يمكن فككاك وليس فيه ضمان ولا هلاك كما ترى يدل على الحبس الدائم قيل الدوام انما فهم من قوله لافكالك له لامن لفظ الرهن وأجيب بأنه لما دام وتأيد بنفي الفكالك دل أنه ينبغي عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك لما دام بنفي ما يعترضه بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجب فثبت أن اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم والاحكام الشرعية تنعطف على اللفاظ على وفق الانباء فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعي منبثا عن الحبس الدائم لانه المفهوم ولا مقتضى للعدول عنه ولستكن هذه القضية عندك ولان الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء ومعناه أن يكون الرهن موصلا إليه أي إلى الاستيفاء وذلك أي كونه موصلا إليه ثابت على اليد والحبس يقع الامن عن جحود الرهن مخافة جحود المرتهن الرهن ومعناه ان الحبس يفضي الى أداء الحق لان الراهن يخشى ان يحسد الدين أن يجحد المرتهن الرهن لان قيمة الرهن قد تكون أكثر من الدين وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيحتاج الى ايفاء الاقل لتخليص الأكثر

(١٩٥)

أيضا قضية تدل على اليد والحبس فتضم اليهما قوله (واذا كان كذلك) أي اذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وتقرر بالهلاك لان انتفاء احتمال النقص فلولا يسقط الدين واستوفاه ثانيا أدى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهو راجع بخلاف ما اذا كان الرهن قائما لانه ينتقض هذا الاستيفاء أي للدين بالحبس بالرد على الراهن فلا تكرار الاداء فان قيل فاجعل الهلاك كالرد في نقض الاستيفاء فان الهلاك لم يتعين لتقرر بالاستيفاء ألا ترى أن المبيع اذا هلك

قبل التسليم فانه لا يقرر استيفاء الثمن بل ينقض الاستيفاء به أجيب بأن النقص انما يتحقق فيما أمكن رد المبيع الى المالك كالثمن فيما ذكرتم ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن فان قيل فليستوف المرتهن الدين على وجه لا يؤدي الى الربا وهو أن يستوفي رقبته لايدا أجاب بقوله ولا وجه الى استيفاء الباقي وهو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد لانه غير متصور

(قوله بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجب) أقول لا يخفى أن الرهن يدوم بادامة الراهن واذا قل بزول الدوام ومعنى الانفكالك له ابقاؤه على الرهنية والاحتباس فلا يثبت دلالة لفظ الرهن وانماؤه عما ذكره من الحبس الدائم من البيت فليتأمل (قوله لان قيمة الرهن قد تكون الخ) أقول ليس هذا محل كلمة التقليل ولا ظهر أن يقول يكون أكثر من الدين في الاكثر الا أن يحمل على التحقيق بجعل النادر معدوما في الحكم (قوله لانه ينتقض هذا الاستيفاء أي للدين بالحبس بالرد على الراهن) أقول قوله بالرد متعلق بقوله ينتقض (قوله فان الهلاك لم يتعين لتقرر بالاستيفاء) أقول الهالك فيما نحن فيه هو ما يستوفي منه وفي التنوير ليس ذلك فكيف يتصور به ولك أن تقول ما ل جوابه أيضا فليتأمل

وقوله (والاستيفاء يقع بالمالية) جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء لكان اما العين الدين أو بـدله لاسيما الى الاول لان الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون الا من جنسه ولا الى الثاني لان الرهن يبدل بالصرف والمسلم فيه جائز والاستيفاء لهما غير جائز ووجه الجواب أنا فنختار الاول وقوله ليس من جنس الدين قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة أو المالية والاول مسلم وليس الاستيفاء من حيث الصورة بل هو من حيث الصورة أمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد ممانته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء ان اشتراه المرتن لما تقدم في الهبة أن قبض الأمانة لا ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس والثاني ممنوع فإنه من جنس الدين مالية والاستيفاء يقع بها وقوله (وموجب العقد) جواب عما قال الشافعي رحمه الله الرهن وثيقة بالدين وبعد الوثيقة زيادة معنى الصيانة والسقوط بالهـلاك يضاد ما اقتضاه العقد ووجهه أن موجب العقد ثبوت بد الاستيفاء كما ذكرنا وذلك يحقق الصيانة لا محالة وفراغ ذمة الراهن من ضروراته كما في الحوالة فإنها لو وجب الدين في ذمة المحال عليه لصيانته حق الطالب وان كان فراغ ذمة المحال من ضروراته فلا ينعقد به مقتضى العقد لان الاعتبار بالموضوعات الاصلية لا اللوازم الضمنية

(١٩٦)

محبوس عند المستأجر بالاجرة المججلة بمنزلة المرهون حتى اذا مات الأجر كان المستأجر أحق به من سائر الغرماء ثم اذا هلك لم يكن مضمونا وأجيب بأن يد المستأجر بعد فسخها ليست بيد استيفاء لان يد الاستيفاء هي التي كانت له قبل الفسخ وانما قبض العين المستأجرة لاستيفاء المنفعة لا لاستيفاء الاجرة من المالية فالذلك لم يصر مستوفيا بالهـلاك في يده وأما اختصاصه به دون الغرماء فلانه كان مخصوصا به قبل الفسخ لاستيفاء

والاستيفاء يقع بالمالية أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد ممانته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتن لان العين أمانة فلا تنوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت بد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة فالخاص ان عندنا حكم الرهن ضرورة الرهن محتسب ابدية بآثار استيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج على هذين الاصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددنا ما في كفاية المنتهى جملة منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد لا انتفاع لانه يفوت موجهه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجهه وهو تعينه للبيع وسيأتيك اليواقى في أثناء المسائل ان شاء الله تعالى قال (ولا يصح الرهن الا بدين مضمون) لان حكمه ثبوت بد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال رضي الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن أن يقال ان الواجب الاصل فيهما هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ وهو دين

يؤدي الى ضياع بعض حقه وهو استيفاء الرقبة والتأدي الى ضياع حق المسلم محذور شرعي أيضا الوجه في ترجيح اختيار هذا المحذور على اختيار محذور الربا فتأمل في الدفع (قوله ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين) يعني يرد على هذا اللفظ أي على لفظ القدوري وهو قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها أي الاشكال بصحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها وهي ما يجب مثله عندها كانه كان مثله او قيمته ان كان قيميا كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء ونحوهما فانه يصح الرهن بتلك الاعيان ولا دين فيها وأجاب

المنفعة وبعد الفسخ يبقى الاختصاص في حق استرداد الاجرة وقوله (فالخاص الخ) واضح قال (ولا يصح الرهن الا بدين مضمون الخ) قيل ذكر مضمون للتأكد لان كل دين مضمون وقيل هو احتراز عن دين سيجب كالورهن بالدرل وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع لان حكمه أي حكم الرهن ثبوت بد الاستيفاء كما تقدم والاستيفاء يتلو الوجوب وأما صحته بالدين الموعود فسيجيء الكلام فيه وقوله (ويدخل) أي يشكّل على هذا اللفظ أي الذي يدل على الحصر صحة جواز الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء وقيل قوله بانفسها احتراز عن غيرها والخاص ان الرهن اما أن يكون بالدين أو بالعين والاول صحيح بكل حال والثاني اما أن يكون بدين مضمون أو لا والثاني غير صحيح كما في الودائع والعهود والمضاربات والشركات والاول اما أن تكون بنفسها وهو ما يجب عندها كالمثل ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميا أو يكون مضمونا بغيرها وهو المضمون بغير المثل أو القيمة كالبيع في يد البائع فانه مضمون بالثمن واذا ظهر ذلك فقوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون يشكّل عليه الاعيان المضمونة بانفسها فان الرهن بها صحيح ولا دين ثمة وأجاب المصنف بقوله ويمكن أن يقال على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصل فيهما هو القيمة ورد العين مخلص والقيمة دين

(قوله واستيفاء الدين لا يكون الا من جنسه) أقول يعني واستيفاء عين الدين (قوله لما تقدم في الهبة) أقول وفي أواخر الصلح أيضا

(ولهذا تصح الكفالة بها) أي بالعين المضمون بنفسه وقوله (ولئن كان لا يجب القيمة إلا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك يجب بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك فيكون رهنا بعد وجود سببه) جواب عما اختاره بعض آخر من المشايخ وتقريره أن سبب وجوبه قد انعقد فكان كالموجود فصح الرهن كما صحت (١٩٧) الكفالة واعتراض بأن صحة الكفالة

لا تستلزم صحة الرهن لأنها تصح بدین سبب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلى دون الرهن وأجيب بأن قوله ما ذاب لك إضافة للكفالة لا كفالة ويصح أن يقال قولك دون الرهن يريد به ديناً ما انعقد سبب وجوبه أو ديناً انعقد ذلك فإن كان الأول فليس كلاماً منافياً وإن كان الثاني فهو ممنوع فإنه عين مانحن فيه وقوله (ولهذا) يجوز أن يكون توضيحاً على كل من التخيير بين أ ما على الأول فتقريره ولو كان الموجب الأصلي فيها القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمون بنفسه به لا كما فلو أحال على الغاصب فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة لأن الموجب الأصلي لما كان القيمة كان هلاك العين كلاً هلاكاً لقيام القيمة في ذمته ورد العين كان مختصاً ولم يحصل وأما على الثاني فتقريره ولو كان سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود فهلاك العين لا تبطل الحوالة بخلاف الودیعة فإن الحوالة عليها تبطل به لا كما لأنه لا وجوب هناك للقيمة ولا سبب للوجوب

ولهذا تصح الكفالة بها ولئن كان لا يجب إلا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهناً بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به به لا كما بخلاف الودیعة

المصنف عن هذا الاشكال بقوله ويمكن أن يقال إلى آخره كذا قاله الشراح قاطبة غير أن صاحب غاية البيان بعد أن وافق سائر الشراح في شرح هذا المحل على الوجه المذكور قال قلت لا يرد على القدوري الاعتراض رأساً لأنه لا ينفي صحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي وإنما اقتصر ههنا على الدين لأن الغالب في الرهن أن يكون بالدين واكتفى به ههنا اعتماداً على ما ذكره في موضع آخر إلى هنا لفظه أقول لا ينبغي لمن له أدنى تمييز فضلاً عن مثل ذلك الشارح أن يقول إن القدوري لم ينف في مختصره صحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها بعد أن رأى ما في لفظه وهو قوله ولا يصح الرهن إلا بالدين مضمون من أداة قصر الصحة على الرهن بالدين وهي النفي والاستثناء وإنما يصح ما قاله الشراح المزبور أن لو كان لفظ القدوري في مختصره ويصح الرهن بالدين ولما كان لفظه فيه ولا يصح الرهن إلا بالدين لم يبق له مجال وقوله بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي لا يجدي شيئاً في دفع الاشكال الوارد على لفظه في مختصره وقد تداركه المصنف بقوله ويدخل على هذا اللفظ وأما محل القصر الواقع في هذا المختصر على القصر الادعائي فبمعزل عن مساعدة هذا الفن إياه فإن مجرد تخصيص الشيء بالدكر في الروايات الواقعة في هذا الفن يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرح جوابه فإظنك بدلالة أداة القصر على ذلك (قوله ولهذا تصح الكفالة بها) قال في العناية واعتراض بأن صحة الكفالة بها لا تستلزم صحة الرهن فانها تصح بدین سبب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلى دون الرهن وأجيب بأن قوله ما ذاب لك إضافة للكفالة لا كفالة ويصح أن يقال قولك دون الرهن تريد به ديناً ما انعقد سبب وجوبه أو ديناً انعقد ذلك فإن كان الأول فليس كلاماً منافياً وإن كان الثاني فهو ممنوع فإنه عين مانحن فيه انتهى أقول الاعتراض والجواب لتاج الشريعة ولهما وجه صحة وأما قوله ويصح أن يقال إلى آخره فن عند صاحب العناية نفسه يريد به الجواب عن الاعتراض المذكور بوجه آخر وليس له وجه صحة إذ المراد هو الأول قوله فليس كلاماً منافياً ليس بشيء لأن عدم كون كلاماً منافياً لا يضر بغرض السائل بل يعينه فإن مقصوده القصر في قول المصنف ولهذا تصح الكفالة بها بأن صحة الكفالة لا تدل على صحة الرهن لأن الكفالة تصح بدین سبب ولم ينعقد سبب وجوبه ولا يصح الرهن بذلك بخلاف فيجوز أن تصح الكفالة بالعين المضمون بنفسه أيضاً الذي كلاماً منافياً ولا يصح الرهن به فلم يتم الاستدلال بصحة الكفالة به على صحة الرهن به ولا يخفى أن عدم كون كلاماً منافياً في الدين الذي لم ينعقد سبب وجوبه لا يدفع الاعتراض بهذا الوجه وإنما يدفعه ما أشار إليه تاج الشريعة من منع صحة الكفالة بدین سبب ولم ينعقد سبب وجوبه وإنما قوله ما ذاب لك على فلان فعلى إضافة الكفالة إلى ذلك الدين لا عقد كفالة به منجزة ومما إذا المصنف بالكفالة في قوله ولهذا تصح الكفالة به هي الكفالة المنجزة فتم الاستدلال (قوله ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض) أقول هذا التنبؤ لا يتم الأعلى قول أبي يوسف فإن المعتبر عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع كما مر تفصيله في صدر كتاب الغصب مع أن صحة الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها على قول أئمتنا جميعاً فلا يتم التقريب الأعلى قول أبي يوسف وليت شعري لم لم يتعرض

(قوله وإن كان الثاني فهو ممنوع) أقول فيه بحث فإن الكفالة بالأول صحة دون الرهن فتوجه السؤال الآن يخص الكفالة المقيس أيضاً عليها بما انعقد سبب وجوبه

قال (وهو مضمون بالاقبل من قيمته ومن الدين الخ) الرهن مضمون بالاقبل أي بما هو الاقل من قيمته يوم القبض ومن الدين ووقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهم ما ومعنى المنكر ثالث وكلامه واضح وقوله (بترادان الفضل) يعني أن الترادا غايب يكون من الجانبين وقوله (كافي حقيقة الاستيفاء) مثل ما إذا أوفاه الذي درهم في كيس وحقه في ألف فانه يصير ضامنا قدر الدين والزيادة على قدر الدين أمانة فكذا هذا وقوله (ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها) لاننا لم نجعل الزيادة رهونة أدى إلى الشروع أو لعدم انفسكا كهاعنه وقوله (ولا ضرورة في حق الضمان) لان بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بأن استعار الراهن الرهن من المرتهن فان الرهن باق ولا ضمان على المرتهن كما ينبغي وقوله (والمراد بالتراخي ما روي حالة البيع) يعني توفيقا بين حديثي على رضى الله عنه (١٩٨) فانه روي عنه المرتهن أمين في الفضل فيجب حمل الاول على حالة البيع

يعني اذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن يرد ما زاد على الدين من ثمنه إلى الراهن ولو كان الدين زائدا يرد الراهن زيادة الدين وقوله (كما يبناء على التفصيل فيما تقدم) يعني في فصل الحبس من أدب القاضى وقوله (واذا طلب المرتهن دينه) واضح وقوله (تحقيقا للتسوية) قيل لان الرهن وان كان لاستيفاء الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة فمن حيث انه استيفاء لحقه قلنا بأن قبض الدين لا يتوقف على احضار الرهن فلم يجب على المرتهن تسليمه وباعتبار شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على احضار الرهن عند وجوب تسليمه وقوله (لانه يتضرر بزيادة الضرر ولم يلتزمه) يعني المرتهن ولم يعتبر هناك احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك لانه

قال (وهو مضمون بالاقبل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة في يده) لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين (وان كانت أقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل) لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم الرهن ألف وخمسمائة والدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث على رضى الله عنه قال بترادان الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين رهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة باعتبار ابقاء قدر الدين ومذهبنا مروي عن عمرو عبد الله بن مسعود رضى الله عنه لم ولان يد المرتهن من يد الاستيفاء فلا توجب الضمان الا بالفضل المستوفى كافي حقيقة الاستيفاء والزيادة رهونة به ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراخي ما روي حالة البيع فانه روي عنه أنه قال المرتهن أمين في الفضل قال (وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به) لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطلبه عند القاضى بحبسه كما يبناء على التفصيل فيما تقدم (واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن) لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل (واذا حضره أمر الراهن بتسليم الدين اليه أولا) ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كافي تسليم المبيع والتمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولا (وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا اجل له ولا مؤنة فكذلك الجواب) لان الاما كن كلها في حق التسليم مكان واحد فيما ليس له اجل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع (وان كان له اجل ومؤنة يستوفى دينه ولا يكف احضار الرهن) لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه (ولو سلف الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد أو نسيئة جاز)

لهذا احدث من الشراح (قوله وهو مضمون بالاقبل من قيمته ومن الدين) قال بعض الشراح وقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهم ما ومعنى المنكر ثالث واعتبر هذا بقول الرجل مررت بأعلم من زيد وعمر ويكون العلم غيرهما ولو قال مررت بالأعلم من زيد وعمر ويكون العلم واحدا منهما والمراد ههنا واحد من القيمة والدين وهو أقلهما لا أمر ثالث ثم ان تاج

لاطلاق

موهوم فلا يظهر في مقابلة ضرر متيقن وهو تأخر حق المرتهن بخلاف الفصل الاول

(قوله ووقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهم ما ومعنى المنكر ثالث) أقول اذ تكون من حيث ذنوبيلية لو جوب استعمال الفعل بأحد الاشياء الثلاثة وتكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحوي فيه بحث اذ قد يحذف من من اللفظ وههنا أيضا كذلك والفرينة على الحذف شهرة المذهب في الملقوطة للبيان كما فصله صدر الشريعة في شرح الوقاية ولمكان حرف التعريف ههنا (قوله يعني أن الترادا غايب يكون من الجانبين) أقول فيرجع كل منهما على صاحبه بالفضل عند الهلاك (قوله أو لعدم انفسكا كهاعنه) أقول معطوف على قوله لاننا لم نجعل الزيادة

وقوله (لاطلاق الامر) يشير الى أنه لو قيد بالنقد لا يصح بيعه نسيئة وقوله (لأنه لاقدرة له على الاحضار) لأن الرهن يبيع بأمر الراهن فلم يبق له قدرة على احضاره وقوله (وكذا إذا أمر المرتهن) يعني لا يكف احضار الرهن لأنه أي الرهن صار ديناً بالبيع بأمر الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين لأنه لما باعه بأذنه صار

(١٩٩)

التمن رهنًا براضيه - ما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن الى التمن ألا ترى أنه لو باع الرهن بأقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شيء فصار كأنه رهنه ولم يسلم اليه بل وضعه على يد عدل وقوله (الا أن الذي يتولى قبض التمن هو المرتهن) استثناء من قوله فصار كأن الراهن رهنه وهو دين جواب عما يقال لو كان الامر كذلك لما كان للمرتهن أن يقبض التمن من المشتري كما لو كان الرهن في يد عدل لكن له ذلك ووجه ما ذكر أن ولاية القبض باعتبار كونه عاقداً والحقوق ترجع اليه وقوله (وكما يكف احضار الرهن لاستيفاء الكل يكف لاستيفاء نجم) قيل إذا ادعى الراهن هلاك الرهن وأما إذا لم يدع فلا حاجة الى ذلك واليه أشار بقوله لاحتمال الهلاك وقوله (ثم إذا قبض التمن) يعني ان باع الرهن وقبض التمن فاذا قبضه وجب احضاره لاستيفاء نجم لقيامه مقام العين

لاطلاق الامر (فلو طالب المرتهن بالدين لا يكف المرتهن احضار الرهن) لأنه لاقدرة له على الاحضار (وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض التمن) لأنه صار ديناً بالبيع بأمر الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين (ولو قبضه يكف احضاره) لقيامه بالدين الذي يتولى قبض التمن هو المرتهن لأنه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم إذا قبض التمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين

الشيعة من الشراح بين وجه اختلاف المعنى بين المعرف والمذكر حيث قال والمعنى فيه أن كلمة من في قوله الأقل منهم المتبعيض والأقل يصلح بعضاً إذا قل مع منهم معرفتان بخلاف أقل منهما لأن أقل نكرة وهما معرفة والمعرفة لا تتناول النكرة انتهى كلامه أقول ليس هذا بسديد لأن سلم ان المعرفة لا تتناول النكرة تناول السكك للجزء كما هو مقتضى من التبعيضية نعم ان المعرفة والنكرة لا يتحدان لأن مدلول المعرفة شيء بعينه ومدلول النكرة شيء لا بعينه وهما متضادان فلا يتحدان وأما كون المهم بعضاً من المعنى فلا استحالة فيه بل هو أمر شائع مستعمل ألا ترى الى قولنا واحد منهما أو جزء منهما أو بعض منهما يكون كذا فإنه صحيح بل لا ريب وشائع مستعمل مع أن كلمة واحد وجزء وبعض نكرة وكلمة هما في منهما معرفة ومن التبعيض على أن الوجه المذكور للفرق بين أن يكون اسم التفضيل معروفاً وبين أن يكون منكرانما يتشبه فيما إذا كان مدخول كلمة من معرفة ولا يتشبه فيما إذا كان مدخولها نكرة إذا لا يلزم اذ ذلك تناول المعرفة للنكرة مثلاً لو كانت العبارة فيما نحن فيه أقل من قيمة ودين لزم أن لا يكون فرق في المعنى بين تعريف الأقل وتنكيره وليس كذلك قطعاً وذكر بعض الفضلاء وجه آخر للفرق بين المعرف والمذكر حيث قال اذ تكون من في المذكر تفضيلية لوجوب استعمال الأقل بأحد الأشياء الثلاثة وتكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو ثم قال وفيه بحث اذ قد تحذف من من اللفظ وههنا أيضاً كذلك والقريظة على الحذف شهرة المذهب انتهى أقول الحق في الفرق ما قاله ذلك البعض وبحته ساقط اذ قد تقرر في علم النحو أنه لا يجوز استعمال اسم التفضيل بدون أحد الأشياء الثلاثة إلا أن يعلم المفضل عليه ويتعين كما في قوله تعالى يعلم السر وأخفى وقوله تعالى ولذكر الله أكبر وفيما نحن فيه لا يتعين المفضل عليه ولا يعلم على تقدير أن ينكر اسم التفضيل ولم يجعل كلمة من تفضيلية وادعاء كونه معلوماً بقريظة شهرة المذهب غير مسموع لأنه الآن بصدد بيان المذهب في هذه المسئلة ولم يبين من قبل في موضع آخر فنأين حصلت الشهرة كيف ولو تحققت الشهرة في مسئلتنا هذه بحيث جازها ترك ما لا بد منه في استعمال صيغة التفضيل لاستغنى عن ذكرها وإيائها ههنا بالكلية (فوله لأنه صار ديناً بالبيع بأمر الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين) قال بعض الفضلاء فيه بحث فإن المقيس عليه وهو رهن الدين غير صحيح فكيف يثبت الحكم في الفرع قياساً عليه انتهى أقول لا يخفى على الفطن أن مراد المصنف بتعليله المذكور ليس اثبات حكم فيما نحن فيه بطريق القياس على رهن الدين حتى يتوجه البحث المذكور بل مراده به بيان أن حكم الرهن يبقى في الدين الذي صار خلفاً عن العين المبيع بأمر الراهن لأن الأصل كان صالحاً لأن يكون رهنًا فكذلك خلفه تبعاً وان لم يصلح الدين للرهنية أصالة فحكم من شيء يثبت ضمناً وتبعاً ولا يثبت أصالة وقصد أقوله فصار كأن الراهن رهنه وهو دين إشارة الى معنى الخلفية لا الى القياس وهذا

(قال المصنف فصار كأن الراهن رهنه وهو دين) أقول فيه بحث فإن المقيس عليه وهو رهن الدين غير صحيح فكيف يثبت الحكم في الفرع قياساً عليه فليأمل (قال المصنف لاستيفاء الدين) أقول يعني المنجم لئلا يلزم التكرار

وقوله (وهذا بخلاف ما اذا قتل) اشارة الى قوله وكذا اذا امر المرتهن ببيعه الى آخره فانه لا يجبر المرتهن على الاحضار بل يجبر الراهن على الاداء بدون احضار شيء بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلة في ثلاث سنين فان الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة لان القيمة خلف عن العين فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن فان قيل لم لا نكون القيمة ههنا كالثلث ثمة وهي ليست في يد المرتهن فيجبر الراهن على القضاء كما كان ثمة أجاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل اليها الرهنية فصار كالرهن في يد عدل بخلاف ما تقدم فان الرهن صار ديناً بفعله فكان مائتاً فاسخاً وجعل الثمن رهناً ابتداء كما مر فافتقر قاروفي النهاية جعل قوله وهذا اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل ووجهه هكذا في مسألة القتل لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة وفيما نحن فيه بخلافه حيث يكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجم يؤديه الراهن من الدين وهو كما ترى متعسف وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لم يقبض شيئاً قال (وان كان الرهن في يده الخ) اذا كان الرهن في يد المرتهن فهو مخير بين أن يترك الراهن من بيعه وأن لا يمكن لان حكمه الحبس (٢٠٠) الدائم الى أن يقضى الدين على ما بيناه وذلك حقه فله اسقاطه وكلامه

واضح وقوله (فلو هلك) أي الرهن (قبل الرد استرد الراهن ما قضاؤه) لما ذكره في الكتاب وهو واضح وطول بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبد بألف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أبرأه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن يمنعه اياه فانه لا ضمان عليه استحساناً وان ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وقد تقر بالهلاك فصرورته مستوفياً بهلاك الرهن بعد ابراء بمنزلة استيفائه حقيقة وفي الاستيفاء حقيقة بعد ابراء برد المستوفى فيجب أن يكون ههنا كذلك

وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلة في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وقيمتا تقدم صار ديناً بفعل الراهن فلهذا افتقر قاروفي (ولو وضع الرهن على يد العدل وأمر أن يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن) لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته (ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول أودعني فلا ن ولا أدري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين) لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئاً (وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدري أين هو) لما قلنا (ولو أن الذي أودعه العدل بخد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشئ حتى يثبت كونه رهناً) لانه لما خد الرهن فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين ولا يملك المطالبة به قال (وان كان الرهن في يده ليس عليه أن يبيعه من البيع حتى يقضيه الدين) لان حكمه الحبس الدائم الى أن يقضى الدين على ما بيناه (ولو قضاؤه البعض فله أن يجبس كل الرهن حتى يستوفي البقية) اعتباراً بجبس المبيع (فاذا قضاؤه الدين قبل له سلم الرهن اليه) لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه (فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاؤه) لانه صار مستوفياً عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده مع ظهوره لكل منأمل متقن قد صرح به أكثر الشراح حيث قالوا فان قيل لو رهن الدائن ابتداء لا يصح لانه لا يكون محلاً للرهن قلنا نعم ولكن يبقى حكم الرهن في الدين لانه بدلا عن المقبوض وهو قد كان صالحاً لذلك فيثبت هذا الحكم في خلفه تبعاً لام مقصود انتهى (قوله فلوهلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاؤه) لانه صار مستوفياً عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده قال في العناية وطول بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبد بألف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أبرأه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن

(قوله وقوله وهذا بخلاف ما اذا قتل اشارة الى قوله وكذا) أقول ولعل الاولى أن يجعل اشارة الى بيع العدل وكذلك

أو المرتهن الرهن بأمر الراهن قال العلامة السكاكي اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل بخلاف مسألة القتل حيث لا يكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجم يؤديه انتهى هكذا رأيت في شرح السكاكي ففيه بحث ظاهر حيث لا يطابق المشروح (قوله أجاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل اليها الرهنية) أقول لا يقال الا صوب أن يقال حتى يجعل رهناً مكانه فانه لم يكن رهنية الثمن في المسئلة المتقدمة بطريق الانتقال كما حققه لان بين الثمن والقيمة فرقا ولا يلزم من عدم الانتقال في الاول عدم الانتقال في الثاني (قوله وجعل الثمن رهناً) أقول الظاهر أن يقال وجعل (قوله وفي النهاية جعل قوله وهذا اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نجم الى قوله وهو كما ترى متعسف) أقول لا يكلف المرتهن بالاحضار في مسألة القتل لعل عدم قدرته قبل مضي ثلاث سنين ولا يجبر الراهن أيضاً على الانفاء وفيما نحن فيه يكلف المرتهن فيجبر الراهن اذا أحضر وامل مراد الامام السفناني هذا (قوله وطول بالفرق) أقول نقض اجمالي (قوله فانه لا ضمان عليه استحساناً) أقول نجى المسئلة في أواخر كتاب الرهن

وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستند إلى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد وأما الإبراء فليس فيه استيفاء شيء ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين من ليس عليه لغو وقوله (على وجه الفسخ) احتراز عما إذا رده على وجه العارية فإنه لا يبطل الرهن وقوله (لأنه) أي الرهن (يبقى مضمونا مادام القبض والدين باقيا) ألا ترى أنه لو رد الرهن سقط الضمان لغوات القبض وان كان الدين باقيا وإذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا لأن العلة إذا كانت ذات وصفين بعدم الحكم بعدم أحدهما فإن قيل فينبغي أن لا يبقى مضمونا بعد قبض الدين إذا هلك الرهن قبل التسليم وليس كذلك كما مر فكان الكلام متناقضا أجيب بأن بقاء احتمال الحبس (٢٠١) باحتمال استحقال المؤدى يوجب

بقاء الضمان وفيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لاسيما إذا لم ينشأ عن دليل وقوله (ولو هلك في يده) يعني إذا حبسه بعد التنازع فهلك سقط الدين إذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وقوله (وليس للمرتهن) معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع

(وكذلك لو تنازع الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين أو يبرئه ولا يبطل الرهن إلا بالرد على الراهن على وجه الفسخ) لأنه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين (ولو هلك في يده) سقط الدين إذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن (وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لاستخدامه ولا بسكنى ولا بلبس إلا أن يأذن له المالك) لأن له حق الحبس دون الانتفاع (وليس له أن يبيع إلا بتسليم من الراهن وليس له أن يؤجر ويعير) لأنه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي قال

منعه إياه فإنه لا ضمان عليه استحسانا وان ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وقد تقرر بالهلاك فصيروته مستوفيا بملك الرهن بعد الإبراء عن نزلة استيفائه حقيقة وفي الاستيفاء حقيقة بعد الإبراء رد المستوفى فيجب أن يكون ههنا كذلك وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستند إلى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد وأما الإبراء فليس فيه استيفاء شيء ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين من ليس عليه لغو وانتهى أقول في خاتمة هذا الجواب خلل لأن قوله واسقاط الدين من ليس عليه لغو ومن الكلام ههنا لأن الإبراء في مادة النقص من الراهن ولا شك أن الراهن من عليه الدين فكان الإبراء فيها من عليه الدين فلم يكن لغو بل كان اسقاطا صحيحا فلا مساس لقوله واسقاط الدين من ليس عليه لغو عما نحن فيه فإن قلت مراده أن يد الاستيفاء لما ثبت للمرتهن بعقد الرهن وتقرر بالهلاك مستند إلى وقت القبض صار المرتهن بالهلاك مستوفيا دينه من وقت القبض فصار الاستيفاء مقبدا على الإبراء في الحكم فلم يكن الرهن مديونا وقت الإبراء لسقوط دينه بالقبض السابق فلم يكن الإبراء فيما نحن فيه اسقاط الدين من عليه من هذه الحيثية فلماذا قال واسقاط الدين من ليس عليه لغو قلت لو كان هذه الحيثية اعتبارا فيما نحن فيه من مادة النقص وكان الإبراء فيه لغوا بناء على ذلك لوجب فيه الضمان على المرتهن لثبوت الاستيفاء بيده بقبضه السابق وتقرره بالهلاك وكون الإبراء لغوا على الفرض مع أنه لا يجب عليه الضمان فيه وهو مدار النقص والمطالبة بالفرق بين مسألة الكتاب وبين ذلك فلا يتم الجواب فالحق في الجواب عن المطالبة المذكورة ما ذكره صاحب النهاية حيث قال قلت إن ضمان الرهن يثبت باعتبار القبض والدين جميعا لأنه ضمان الاستيفاء فلا يتحقق ذلك إلا باعتبار الدين وبالإبراء عن الدين انعدم أحد المعنيين وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين بنعدم باعدام أحدهما ألا ترى أنه لو رد الرهن سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين فكذا إذا أبرأه عن الدين يسقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض وهذا بخلاف لو استوفى الدين حقيقة لأن هلك الدين لا يسقط بالاستيفاء بل يتقرر فان ما هو المقصود يحصل بالاستيفاء

به (قوله وإذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا) أقول فيه بحث فإنه ذكر قيل هذا الكلام أنه إذا هلك الرهن في يد المرتهن بعد الإبراء يكون الإبراء لغو الكون الدين مستوفى مستندا إلى القبض وليس معنى الضمان إلا ذلك أكن التعويل على ما ذكره ههنا يدل عليه كلام المصنف في أواخر الكتاب (قوله) وكان الكلام متناقضا) أقول ولك أن تقول الدين باق بعد القضاء لكنه

(٢٠٢ - تكمله ثامن) لا يطالب به لعدم الفائدة وإلى ذلك أشار صاحب النهاية وسيجي عما ذكره في آخر كتاب الرهن من الهداية ولهذا لم يعد شهادة من شهد بألف وقضى خمسمائة منها على ما مر في فصل الاختلاف في الشهادة فراجع (قوله) أجيب بأن بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقال المؤدى يوجب بقاء الضمان) أقول اعتراف بعدم انعكاس العلة وذلك هو غرض القائل وجوابه تعميم الدين بجهته أيضا كما سيجي في آخر كتاب الرهن من المصنف (قوله معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع به) أقول سبق من الشارحين تخطئة المصنف في هذا اللفظ في فصل كرى الانهار ان قيل انما أنكر وافية استعمال الانتفاع في معنى النفع لا مطلقا قلنا لا مانع من أن يراد منه فيه المعنى الذي أريد منه ههنا

قال (وللرهن أن يحفظ الرهن بنفسه الخ) كلامه واضح والعبرة في العيال للساكنة لا للنفقة ألا ترى أن المرأة إذا ارتهنت وسلمت الرهن إلى الزوج لم يضمن والابن الكبير الذي لا يكون في نفقته إذا ساكن الأب وخرج الأب عن المنزل وترك المنزل على الابن لم يضمن قال (وأجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن) فان أبي فالحقضي يأمر المرتهن بأن ينفق عليه فإذا قضى الدين فالمرتهن أن يحبس الرهن حتى يستوفي النفقة وإن هلك الرهن (٢٠٢) بعد ذلك لا شيء على الراهن في قول زفر وقال أبو يوسف النفقة دين على الراهن

والأصل المذكور في الكتاب واضح وقوله (وكل ما كان لحفظه أولده إلى يد المرتهن) يجعل الباقي (أولد جزء منه) كمداداة الجراح وقوله (والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه) قال في شرح الطحاوي لو شرط الراهن للمرتهن شيئا على الحفظ لا يصح بخلاف الوديعة وقوله (اتعلقه بالعين) يعني بخلاف حق المرتهن من حقه بتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين والعين مقدم على المالية فكذلك ما يتعلق بالعين يقدم على المالية فان قيل لما كان العشر متعلقا بالعين كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الأرض لتكون كل واحد منهما عينا ورد عليه عقد الرهن فان وضع المسئلة فيما إذا ارتهن أرضا عشرية مع شجر أو زرع فيها أخذ العشر والاستحقاق في جزء من الأرض يبطل الرهن لظهور الشيوع فيه فكذا في استحقاق العشر أجاب

(وللرهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجه وولده وخادمه الذي في عياله) قال رضي الله عنه معناه أن يكون الولد في عياله أيضا وهذا لأن عينه أمانة في يده فصار كالوديعة (وان حفظه بغير من في عياله أو أودعه ضمن) وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلالة في الوديعة (واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته) لأن الزيادة على مده دار الدين أمانة والامانات تضمن بالتعدي (ولورهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن) لأنه متعد بالاستعمال لأنه غير مأذون فيه وإنما الأذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لأن العادة فيه مختلفة (ولو جعله في بقية الأصابع كان رهنا بما فيه) لأنه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان إن لبسه ليسامه متادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن (ولورهنه سيفين أو ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين) لأن العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو من يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال (وأجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن) والأصل أن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل أو لم يكن لأن العين باقية على ملكه وكذلك منافعه فلو كره له فيكون أصلا حقه وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في ما كره ومشر به وأجرة الراعي في معناه لأنه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة نظير ولد الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه أولده إلى يد المرتهن أو لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ لأن الأمسالة حقه والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أن كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لأنه سعى في تبقيته ومن هذا القسم جعل الباقي قائمه على المرتهن لأنه محتاج إلى إعادة يد الاستيفاء التي كانت له لا يردده فكانت مؤنة الرد فيلزمه وهذا إذا كانت قيمة الرهن والدن سواء وان كانت قيمة الرهن أكثر فله به بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لأنه أمانة في يده والرد لأعادة اليد ويده في الزيادة بد المال أذهب كالمودع فيها فله إذا يكون على المالك وهذا بخلاف أجرة البيت الذي ذكرناه فان كانا متجربا على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما العمل انما يلزمه لأجل الضمان فيقدر بقدر المضمون ومداداة الجراحة والقروح ومعالجة الأمراض والفداء من الخيانة تنقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لأنه من مؤن المالك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لأنه ملحقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق

وحصول المقصود بالشئ يقرره ويهيئه وإذا بقي الدين حكما بقي ضمان الرهن وبه سلك الرهن بصير مسدودا فباعتبه بين أنه استوفى مرتين فيلزمه رد أحدهما أو الأبراء فيسقط الدين فلا يبقى الضمان بعد ادعاء أحد المدينين إلى هنا لفظ النهاية وسيجيء من المصنف في آخر كتاب الرهن ما يطابق

بقوله (ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه) أي وجوب العشر (لا ينافي ملكه) في جميع ما رهنه ألا ترى أنه لو باعه جاز ولو أدى العشر من موضع آخر جاز فصح الرهن في الكل ثم خرج جزء معين فلم يتمكن الشيوع في الرهن لا مقارنا ولا طارئا بخلاف الاستحقاق (قال المصنف لأنه علف الحيوان) أقول أي كعلف الحيوان من قبيل زبد أسد (قوله ألا يرى أنه لو باعه جاز) أقول يعني لو باع الجميع في غير الرهن جاز البيع قبل أداء العشر

لان الملك المستحق ملك الغير فلم يصح الرهن فيه وكذا فيما لو رآه لانه مشاع (قوله وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه) يعني من أجرة وغيرها (فهو متطوع) لانه قضى دين غيره بغير أمره (وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر) فان كان بغير أمر القاضى فكذلك وان كان بأمره رجع عليه كأن صاحبه أمره به لعموم ولاية القاضى وقد قيل لانه بمجرد أمر القاضى بالنفقة لا يصير ديناً على الراهن مالم يجعله ديناً عليه بالتخصيص لان أمره ههنا ليس للالزام فانه لا يلزمه شئ منها بالاتفاق فيكون الامر بذلك متردداً بين الانفاق حسبة وديناً فعند الاطلاق يثبت الادنى وقوله (وهى فرع مسألة الجرح) (٢٠٣) فذهب أبى حنيفة أن القاضى لا يلى

على الخائن وعندهما يلى عليه يعنى عند أبى يوسف وشهد لما نفذ حجر القاضى على الحر كان نافذاً حال غيبته وحضرته وعند أبى حنيفة لو نفذ عليه أمر القاضى حال حضوره يصير محجوراً عليه وهو لا يراه بخلاف حال غيبته لان فيه ضرورة

وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر القاضى رجع عليه كأن صاحبه أمره به لان ولاية القاضى عامة وعن أبى حنيفة أنه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضراً وان كان بأمر القاضى وقال أبو يوسف انه يرجع فى الوجهين وهى فرع مسألة الجرح والله أعلم

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال (ولا يجوز رهن المشاع)

ذلك فى الفرق بين تينك المسئلة من قبصر قال تاج الشريعة فان قلت ينبغى أن لا يبقى الرهن مضموناً بعد قبض الدين اذا هلك الرهن قبل التسليم لان حكم الرهن لم يبق قلت بلى احتمال استحقاق الحبس لاحتمال أن يستحق المؤدى وحينئذ يظهر أنه ما استوفى حقه فكان له استحقاق الحبس انتهى ورد صاحب العناية هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب فيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لاسيما اذا لم ينشأ عن دليل انتهى أقول الحق فى الجواب عن أصل السؤال أن يقال الدين لا يسقط بالقضاء كما يسقط بالبراءة لقيام الموجب وهو الزمة بل يبقى على حاله ~~والى~~ عن لا يطالب به لتعذر الاستيفاء كما صرح به المصنف فى آخر كتاب الرهن أثناء الفرق بين مسألة ابراء المرتهن الراهن عن الدين ومسألة استيفاء المرتهن الرهن فاذا بقى الدين بعد قضاء مثله يبقى حكم الرهن أيضاً مالم يسلم الى الراهن فيبقى مضموناً بالهلال الى أن يسلم الى الراهن تأمل تفق انتهى والله الموفق للصواب

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر فى هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز اذا تفصيل انما يكون بعد الاجال (قوله ولا يجوز رهن المشاع) قال صاحب العناية رهن المشاع المقابل للقسمة وغيره فاسد بمتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضموناً وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه الى هنا لفظه أقول ان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه حشو ومفسد اذا ظاهر أنه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وليس بصحيح اذا لشد أن ما نحن فيه وهو رهن المشاع ليس مما لم يكن الرهن مالا ولا مما لم يكن المقابل به مضموناً ونافان الشروع لا ينافى المانية قطعاً حتى يكون رهن المشاع مما لم يكن الرهن مالا وكذا الشروع فى الرهن لا يقتضى أن لا يكون المقابل به مضموناً بل يتصور فيما اذا كان المقابل به مضموناً أيضاً كما لا يخفى ثم لا شك أنه لا بناء شئ من ذلك على كون القبض شرط تمام عقد الرهن لا شرط جوازه بل ذلك أمر مقرر سواء كان القبض شرط تمام عقد الرهن أو شرط جوازه كما لا يخفى على ذى مسكة فلا وجه لجمع القول ببناء على أن

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر فى هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز اذا تفصيل انما يكون بعد الاجال (قوله ولا يجوز رهن المشاع الخ) رهن المشاع المقابل للقسمة وغيره فاسد بمتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضموناً وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن

القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

(قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد) أقول يعنى أن الحكم بكون الباطل منحصراً فيما ذكره بناء على أن القبض الخ فانه اذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر (قوله لا شرط جوازه) أقول مخالف لما قدمته

وقال الشافعي رحمه الله هو جائز ولم يذكره في الكتاب دليل إلا أن أصل دليله ومعظمه قد علم في ضمن ذكر دليلنا على ما سيظهر وودليلنا موقوف على مقدمة هي أن العقود شرعت لأحكامها فإذا كانت الحكم كان العقد غير معتبر وتقرير الوجه الأول من كلامه حكم الرهن ثبوت بد الاستيفاء على ما تناوله العقد لما بينا أنه وثيقة لجانب الاستيفاء وثبوت بد الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو المشاع غير متصور لأن البد ثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين والمعين غير المعين فتكون البد ثابتة على غير المرهون وفيه فوات حكمه وأدرج المصنف رحمه الله دليل (٢٠٤)

وقال الشافعي يجوز ولنا فيه وجهان أحدهما يفتى على حكم الرهن فإنه عندنا ثبت بد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما تناوله العقد وهو المشاع وعندنا المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعيينه للبيع والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيفاء من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام

القبض شرط تمام العقد لا شرط جواز علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وزعم بعض الفضلاء أن قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد الخ علة لقوله لأن الباطل منه هو فيما إذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا حيث قال في بيان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جواز يعني أن الحكم يكون الباطل منحصرا فيما ذكره بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جواز فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر انتهى أقول ليس هذا أيضا بصحيح لأنه مع كون الفصل بقوله وما نحن فيه ليس كذلك مما يابى جدا كون قوله بناء على أن القبض إلى آخره علة لما قبل ذلك لا يصح بناء على أن الحكم يكون الباطل من الرهن منحصرا فيما ذكره من الصورتين على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جواز قوله فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر ممنوع فان مجرد انتفاء شرط الجواز لا يستلزم بطلان العقد بل يتصور انتفاء ذلك فيما إذا انتفى العقد بصفة الفساد أيضا وإنما الذي يستلزم بطلان العقد انتفاء شرط الانعقاد وانما هو في عقد الرهن أن يكون الرهن مالا وأن يكون المقابل به مضمونا لا غير ويدل على ذلك كله ما ذكر في الذخيرة والمغني ونقل عنهما في النهاية وغيرها وهو أن الباطل من الرهن مالا يكون منعقدا أصلا كالباطل من البيوع والفساد منه ما يكون منعقدا لكن بوصف الفساد كالفساد من البيوع وشرط انعقاد الرهن أن يكون الرهن مالا والمقابل به مضمونا ففي كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا لا أنه فقد بعض شرائط الجواز انعقد الرهن لو جود شرط الانعقاد لكن بصفة الفساد لا لعدم بعض شرط الجواز وفي كل موضع لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا لا ينعقد الرهن أصلا انتهى فتدبر (قوله والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضا) أقول لقائل أن يقول إن أراد بقوله أنه لم يشرع إلا مقبوضا أن عقد الرهن لم يجز إلا مقبوضا يكون هذا القول منه مناقضا لما ذكره في صدر كتاب الرهن من أن القبض شرط لزوم الرهن لا شرط جواره وإن أراد بذلك أنه لم يلزم إلا مقبوضا لا يتم التقرير إذا لم يدعى ههنا عدم جواز رهن المشاع لعدم لزومه فتأمل في الدفع (قوله أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيفاء من الوجه الذي بيناه) قال صاحب النهاية وهو قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيستارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجيره انتهى واقفي أثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيستارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجيره أقول علل

ما هو الحكم عنده وهو تعيينه للبيع فيكون تقرير كلامه حكم الرهن تعيينه للبيع والمشاع عين يجوز بيعه فحكم الرهن يجوز في المشاع وإذا كان الحكم متصورا كان العقد مقيدا وتقرير الثاني أن موجب الرهن أي موجب حكمه يعني لازمه هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى فهران مقبوضة أو بالنظر إلى المقصود وهو الاستيفاء من الوجه الذي بيناه يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيستارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجيره (وكل ذلك) أي كل ما مر من قوله لم يشرع إلا مقبوضا بالنص أو بالنظر إلى المقصود (يتعلق بالدوام) أما تعلقه بالدوام بالنظر إلى المقصود فظاهر فإنه لو تمكن من الاسترداد ربما جدد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيفاء

وأما بالنظر إلى النص فلا لأنه لما وجب القبض ابتداء وجب بقاءه لأن ما يتعلق بالمحل فلا ابتداء والبقاء فيه سواء ولا كالحرمية في النكاح وقد علمت أن حكم الرهن عندنا ثبوت بد الاستيفاء وهو لا يكون إلا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضي الدوام فكان دوام الحبس لازما بحكم الرهن ويفوت في المشاع والداعي إلى هذا التوجيه تخلص الكلام عن التكرار فإنه قال أحدهما يفتى على حكم الرهن والثاني أن موجب الرهن فلو كان الموجب مفسرا بالحكم كما هو المعهود تكرر كلامه

(قوله وتقرير الوجه الأول من كلامه حكم الرهن ثبوت بد الاستيفاء الخ) أقول مقتضى ظاهر هذا التقرير بطلان رهن المشاع فتأمل فإنه يجوز أن يقال المراد حكم الرهن الصحيح ثبوت بد الاستيفاء

وقوله (ولا يفضى اليه) أى الى دوام الحبس من تمام الدليل يعنى ثبت أنه لا بد من الدوام ولا يفضى اليه الاستحقاق الحبس ولا استحقاق الحبس في المشاع لانه لا بد من المهايأة فكأنه يقول له رهنه لك يومادون يوم ولا شك في عدم استحقاقه للحبس سوى يوم فيفوت الدوام الواجب تحققه (ولهذا) أى ولان الدوام يفوت في المشاع تساوى ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها في الرهن بخلاف الهبة على ما ذكره في الكتاب (وقوله ولا يجوز) أى الرهن (من شريكه) على الوجهين جميعا (٢٠٥) أما على الوجه الاول فانه لا يقبل حكمه وأما على الثاني

فلا نه يفوت به دوام الحبس كما تقدم وصورة الشيوخ الطارئ أن يرهن الجميع ثم يتفاسخا في البعض أو أذن الراهن للعدل أن يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وأنه يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وكلامه واضح قال (ولارهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل) هذا معطوف على قوله ولا يجوز رهن المشاع وعلته فانه لا يصل الجامع أن اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن لا انتفاء القبض في المرهون وحده لا اختلاطه بغيره وقوله (بخلاف المتاع في الدار) يعنى اذا رهن دارا مشغولة بامتعة رهن الراهن لم يصح الرهن لانها لما لم تكن تابعة للدار بوجه لم تدخل في رهنها من غير ذلك فانتفى القبض الا ترى أنه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها أو منها فانه تدخل الثمار فتدخل في

ولا يفضى اليه الاستحقاق الحبس ولو جوز رناه في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهايأة فيصير كما اذا قال رهنه لك يوما ويوما لا لهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم أما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وهما الحكم ثبوت بد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز زمن شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك يوما بحكم الرهن فيصير كأنه رهن يوما ويوما لا والشيوخ الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن أبي يوسف انه لا يمنع لان حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فأنشبه الهبة وجه الاول أن الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمة في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن قال (ولارهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل في الارض دونها) لان المرهون متصل بما ليس برهون خلقة فكان في معنى الشائع (وكذا اذا رهن الارض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل دون الثمر) لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل أن المرهون اذا كان متصلا بما ليس برهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن أبي حنيفة أن رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للبنى فيصير رهنها جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن (ولو رهن النخيل بمواضعها جاز) لان هذه مجاورة وهي لا تمنع الصفة (ولو كان فيه ثمرة يدخل في الرهن) لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعه ما تصحح العقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز ولا ضرورة الى ادخاله من غير ذلك وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذلك لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطوبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة (ويدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقريبة) لما ذكرنا (ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنها بحصته والابطال كله) لان الرهن جعل كأنه ما ورد الاعلى الباقي ومنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة وكذا امتناعه في الوعاء المرهون ومنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنها تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار أو في وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سر جاعلى دابة أو لحما في رأسها ودفع الدابة مع السرج والجام حيث لا يكون رهنها حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من نوابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل

المصنف فيما مر كون الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء بعلمتين حيث قال يقع الامن من الخوذة مخافة بخود الممر من الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فينتسار الدائن حاجته أو لضجيره انتهى فليت شعري ما أجل هؤلاء الشراح على جعلهم قول المصنف ههنا من الوجه الذي بيناه على العلة الثانية فقط

الرهن لاتصالها بخاتمة وقوله (ولو استحق بعضه) يعنى بعض الرهن بأن رهن دارا أو أرضا فاستحق بعضها فاما أن يكون الباقي غير مشاع بأن كان المستحق جزءا غير مشاع أو كان مشاعا فان كان الاول صح الرهن لانه تبين أن الرهن من الابتداء كان مابقي وهو غير مشاع وكان جائزا وان كان الثاني تبين أن الرهن من الاول مشاع وهو مانع

(قال المصنف لان الشجر اسم للنابت) أقول يعنى اسم للنابت المخالط للارض اذا المشجرة هي المخالطة

وقوله (حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر) يعني قال المشايخ رحمهم الله إذا رهن دابة عليه الجاهل أو سرج دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعاً وقوله (ولا يصح الرهن بالأمانات) قد تقدم ذكره وقوله (والرهن بالدرك باطل) قد تقدم غير مرة أن الدرك هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع وصورة الرهن بذلك أن يبيع شيئاً ويأويه إلى المشتري فيخاف المشتري أن يستحقه أحد ف يأخذ من البائع رهناً بالثمن لو استحقه أحد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن إن قبضه قبل الوجوب استحق المبيع أولاً والكفالة بذلك فهي جائزة والفرق ما ذكره في الكتاب وزكر في فائدة ضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشتري على البائع عند استحقاق المبيع ضمن (٣٠٦) البائع دركه أولاً لأنه إذا لم يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع

الأذا قضى القاضي بقبض البيع وأما إذا ضمنه فانه يرجع عليه فضى للقاضي بقبض البيع بينهم ما أولم يقض وهذا بناء على أن المبيع إذا استحق لم ينتقض البيع بينهم ما دون رضا البائع أو قضاء القاضي لأن احتمال إقامة البائع البينة على التنازع أو التلق من جهة المستحق قائم أما إذا قضى القاضي بقبض العجز وانفسخ العقد وقوله (بخلاف الرهن بالدين الموعود) متصل بقوله (بأن أمانة وصورته ما ذكر في الكتاب وقوله (لأن الموعود) يعني من الدين جعل كالموجود باعتبار الحاجة فإن الرجل يحتاج إلى استعارة قراض شيء وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجوداً احتياطاً للجواز دفعاً للحاجة عن المستقرض فإن قيل فليجعل المعدوم

حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال (ولا يصح الرهن بالأمانات) كالودائع والعواري والمضاربات (ومال الشركة) لأن القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت يقع القبض مضموناً ويحقق استيفاء الدين منه (وكذلك لا يصح بالأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع) لأن الضمان ليس بواجب فإنه إذا هلك العين لم يضمن البائع شيئاً لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الأعيان المضمونة بعينها وهو أن يكون مضموناً بالمثل أو بالقيمة عنده لا كه مثل المغصوب وبذل الخلع والمهر وبذل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لأن الضمان متقرر فإنه إن كان قائماً وجب تسليمه وإن كان هالكا تحب قيمته فكان رهناً بما هو مضمون فيصح قال (والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة) والفرق أن الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب إضافة التملك إلى زمان في المستقبل لا يجوز أما الكفالة فلا التزام المطالبة والتزام الأفعال يصح مضافاً إلى المسائل كافي الصوم والصلاة وهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عندهم لك أمانة لأنه لا عقد حيث وقع باطلاً بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته لأن الموعود وجعل كالموجود باعتبار الحاجة

دون مجموع العلتين كما هو الظاهر وأعلى العلة الأولى لتقدمها في الذكرك هناك والمحجب من صاحب العناية أنه قال في شرح قول المصنف وكل ذلك يتعلق بالدوام أي كل ما سمي من قوله (المقبوض بالانص أو بالنظر إلى المقصود ويتعلق بالدوام وقال أمانة لفظه بالدوام بالنظر إلى المقصود قطا هو فانه لو تمكن من الاسترداد ربما عجز الرهن والدين جميعاً فيفوت الاستيفاء انتهى فقد جعل مدار الاستيفاء في البيان هو العلة الأولى على خلاف ما فسر به مراد المصنف فيما قبل تبصر (قوله بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته) قال في غاية البيان فيه تسامح لأنه يهلك بالأقل من قيمته ومما سمي له من القرض ألا ترى إلى ما قاله الإمام الأسدي في شرح الطحاوي ولو أخذ الرهن بشرط أن يقرضه كذا فهلك في يده قبل أن يقرضه هلك بالأقل من قيمته ومما سمي له من القرض انتهى وقال تاج الشريعة في شرح قول المصنف حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته هذا إذا ساء الرهن الدين قيمة وإنما أطلق جرياً على العادة إذا انطأه أن يساوى الرهن الدين انتهى واقتنى أثره صاحب العناية أقول فيه قصورين فإن ما ذكر في الكتاب كما يتمشى فيما إذا ساء الرهن الدين الموعود وهو ما سمي له من القرض يتمشى أيضاً فيما إذا كانت قيمة الرهن أكثر من ذلك الدين فلا وجه لتخصيصه بصورة المساواة فالحق أن يقال في البيان

ولأنه في الدرك موجوداً لا يشترط في الحاجة أجيب بأن المعدوم يجعل موجوداً إذا كان على شرف الوجود والظاهر من حال المسلم أن تجاوز عده والدرك ليس كذلك لأن الظاهر عدم الاستحقاق فإن المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره

(قوله إن قبضه قبل الوجوب) أقول وذلك أي الوجوب بعد الحكم برد الثمن ينسخ البيع (قوله وزكر في فائدة ضمان الدرك) أقول هذه الفائدة ذكرها العلامة السكاكي محالاً على فصول الاستروتنى (قوله لأن احتمال إقامة البائع البينة على التنازع والتلق من جهة المستحق قائم) أما إذا قضى القاضي بقبض العجز وانفسخ العقد أقول والأقرب احتمال إجازة المستحق البيع

وقوله (لانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده) أي وجود الدين والمقبوض بجهة الشيء حكم ذلك الشيء كالمقبوض على سوم الشراء (فيعطى له) أي الذي قبض بجهة الرهن (حكم الرهن) حتى يهلك بما سمي من المال بمقابله ويجب على المقرض إيفاء ما وعده وهذا إذا تساوى قيمة ما استقرضه وانما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب في الرهن أن يساوى الدين فان قيل قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح لان الواجب فيه القيمة وفيما نحن فيه الموعود فالجواب أن التساوى بين المقيس والمقيس عليه في جميع الوجوه ليس بلازم واعتباره به من حيث أنه يملك مضمونا لأمانة وأما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود فباعتبار أن ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين وحيث جعل الدين موجودا فيمتقدر بقدره وضمنان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد اذ ليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع فيجعل مضمونا بالقيمة عند تعذر إيجاب المسمى كضمنان الغصب وقوله (فيضمنه) أي فيضمن المرتهن ما قبض رهنا عن الدين الموعود قال (ويصح الرهن برأس مال السلم الخ) قال زفر رجه الله حكم الرهن الاستيفاء وهو واضح (وهذا) أي أخذ الرهن عن هذه الأشياء ليس باستيفاء لعدم المجانسة فكان استبدال الأوباب الاستبدال فيها مسدود قلنا هو استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية فان الاستيفاء في الرهن انما هو من حيث المالية وأما عين الرهن فهو أمانة عنده كالأموال كان الرهن عبدا فمات كان كفته على الراهن والاعيان من حيث المالية (٣٠٧) جنس واحد فان قيل لو كان كذلك

لصح الاستبدال في رأس المال في الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية فالجواب أن هذا غلط لانا انما اعتبرنا التجانس من حيث المالية في الرهن اقيام الدليل على كونه مضمونا من حيث المالية وعلى تعذر تلك العين لكونه أمانة وفي الاستبدال لا يكتفى بذلك لاحتياجه الى تلك العين أيضا وقوله (لفوات القبض حقيقة وحكما) أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلان المرتهن انما

ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال (ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه) وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا الاستبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود ولنا أن المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر قال (والرهن بالمبيع باطل) لما بينا أنه غير مضمون بنفسه (فان هلك ذهب بغيره) لانه لا اعتبار للبطل فيبقى قبضا بذنه (وان هلك الرهن بثن الصرف ورأس مال السلم لم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لدينه حكما) لتحقيق القبض حكما (وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا) لفوات القبض حقيقة وحكما (وان هلك الرهن بالمسلم لم فيه بطل السلم بهلاكه) ومعناه أنه يصير مستوفيا للسلم فيه فلم يبق السلم (ولو تفاسخا السلم والمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبس) لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته (ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه) لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقابلا بالمبيع له أن يحبس به لاخذ المبيع لان الثمن بدله

هذا إذا تساوى قيمة الرهن مسمى له من القرض أو كانت قيمته أكثر من ذلك وأما إذا كانت قيمة الرهن أقل من ذلك فيهلك بقيمة الرهن اذ قد تقر فيما مر أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ولكن المصنف ذكره هنا قوله حيث يهلك بما سمي له من القرض في صورة الاطلاق جريا

يصير قابضا بالهلاك وكان بعد التفرق وقوله (يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبس) بالرفع لكون حتى بمعنى الفاء على ما عرف وقوله (لانه بدله) أي لان رأس المال بدل المسلم فيه وبدل الشيء يقوم مقامه كل رهن بالمغصوب اذا هلك فانه رهن بقيمته وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان وفي القياس ليس له أن يحبس به لان ذلك الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر وهو القبض فلا يكون رهنا به كالأموال كان له على آخر عشرة دراهم ودنانير ففرهن بالدنانير رهنا ثم أراه المرتهن عن الدنانير فانه لا يكون رهنا بالدراهم والجواب أن الدراهم ليست بدلا من الدنانير بخلاف السلم وقوله (ولو هلك الرهن الخ) أي لو هلك الرهن في يد رب السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه بالطعام لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره أي بغير المسلم فيه وهو رأس المال وقوله (هلك بالطعام) يشير الى أنه لم يهلك برأس المال فعلى المرتهن وهو رب السلم أن يعطى مثل الطعام الذي كان

(قوله وهذا إذا تساوى قيمة ما استقرضه) أقول فيه بحث فانه اذا كان المسمى أقل من قيمته لهلك بما سمي أيضا (قوله وانما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب) أقول ممنوع (قوله وضمنان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد) أقول الا صوب وضمنان المبيع ضمان مبتدأ كما وقع في غيره من الشروح ثم في قوله يجب بالعقد بحث (قوله عند تعذر إيجاب المسمى) أقول لانه فاء البيع وان وجد القبض بجهته (قوله حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه) أقول فيه بحث فانه لم يبق ذلك بالتفاسخ قبل أن يهلك الرهن

على المسلم اليه وأخذ رأس المال لأن يقبض الرهن صارت ماله مضمونة بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن إلى أن هلك فصار هلاك الرهن مستوفيا بطعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقابلا أو بعد الاقالة لزمه رد المستوفي واسترد رأس المال فكذلك ههنا وهذا لأن الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فهلاك الرهن لا يبطل الاقالة فان قيل فمعه رب السلم اشتغلت بمالية الرهن من الدراهم بقدر مالية الطعام وله على المسلم اليه دين من جنس مالية الرهن وهو رأس المال فوجب القصاص ولا يلزم على المسلم اليه رد الطعام أوجب بأننا نسلم أن مالية الرهن ههنا من الدراهم فان تقدر بمالية الاشياء بالنقد وليس يحتمل وانما جاء الشرع بتقديره بهاتين السبل فلا يقتضي الحجر على التقدير بغيرها ولما جعل الرهن بالطعام مع علمهما بأنه عقد استيفاء كان ذلك منهما تقدير بمالية بالطعام تحققة الغرضهما فكان الرهن من جنس الطعام تقديره هذا كما اشتغلت الذمة بالطعام دون الدراهم فلا يكون ما عليه للمسلم اليه من جنس ماله على المسلم اليه حتى يلتقيان فصايل يلزمه رد مثل الطعام المسلم فيه لانه استوفى المسلم فيه والاقالة متقررة لما مر أنفا أنها لا تحتمل الفسخ وقوله (لما بينا) يريد به قوله لان الثمن بدله وقوله (وأدى غنمه أن يحبس) يعني أدى غنمه ثم أراد فسخه للمشتري أن يحبس العبد لاستيفاء الثمن لان العبد ههنا بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفاء غنمه من البائع فان هلك المشتري بعد الحبس في يده هلك بقمته قال (ولا يجوز رهن الحرية وله ذلوطرات هذه التصرفات أبطلته فاذا كانت مقارنة منعه وقوله (ولا يجوز بالكفالة بالنفس) لغنيين أحدهما ما ذكره في الكتاب أن استيفاء المكفول به من الرهن غير ممكن والثاني أن المكفول به غير مضمون في نفسه فانه لو هلك لم يجب شيء وهما جاربان في القصاص في النفس ومادونه وأما لو رهن عن بدل الصلح فيهما فانه صحيح لان البدل مضمون بنفسه بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن ولو صالح عنها

بقمته قال (ولا يجوز رهن الحرية وله ذلوطرات هذه التصرفات أبطلته فاذا كانت مقارنة منعه وقوله (ولا يجوز بالكفالة بالنفس) لغنيين أحدهما ما ذكره في الكتاب أن استيفاء المكفول به من الرهن غير ممكن والثاني أن المكفول به غير مضمون في نفسه فانه لو هلك لم يجب شيء وهما جاربان في القصاص في النفس ومادونه وأما لو رهن عن بدل الصلح فيهما فانه صحيح لان البدل مضمون بنفسه بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن ولو صالح عنها

ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شرا فاسدا وأدى غنمه أن يحبس استوفى الثمن ثم لو هلك المشتري في يد المشتري يهلك بقمته فكذا هذا قال (ولا يجوز رهن الحر والمدبر والكتاب وأم الولد) لان حكم الرهن ثبوت بالاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقيين ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس ومادونها لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن (ولا يجوز الرهن بالشفعة) لان المبيع غير مضمون على المشتري (ولا بالعبد الجاني والعبد المأذون المديون) لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء (ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا) لانه لا يقابل شيء مضمون (ولا يجوز للمسلم أن يرهن خرا أو يرتنه من مسلم أو ذمي) لتعذر الاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالمرمضون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنه المسلم كما لا يضمنه بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانهم مال في حقهم أما المينة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين بحال (ولو اشترى عبدا ورهن بنمته عبدا أو خلا أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا أو اخل خرا أو الشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا

على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساوية للدين أو أكثر من ذلك (قوله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا) قال جمهور الشراح يريد به قوله لان الثمن بدله أقول ليس هذا بتفسير سيدي لان كون الثمن بدل العبد المبيع لا يقتضي أن يكون هلاك المرهون بالثمن دون المبيع ألا يرى أن رأس

على عين ثم رهن به رهننا لم يصح لانه غير مضمون فانه اذا هلك ينسخ الصلح فكان كالبيع وقوله (ولا يجوز بالشفعة) صورته أن يطلب الشفع الشفعة ويقضى القاضي بذلك فيقول للمشتري أعطني رهننا بالدار المشفوعة وقوله (حتى لو ضاع) يعني الرهن لم يكن مضمونا لانه لا يقابل شيء مضمون ألا ترى أنهم ما الورفعوا الامر الى القاضي قبل الرهن فانه لا يأمر المستأجر بتسليم الاجر وقوله (فالرهن مضمون) يعني بالاقبل من قيمته ومن قيمة الرهن (لانه رهنه بدين واجب ظاهرا) ألا ترى أن البائع والمشتري لو اختصما الى القاضي قبل ظهور الحرية والاستحقاق فالقاضي يقضي بالثمن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولو صورته مضمونا

(قوله ولا يلزم على المسلم اليه رد الطعام) أقول قوله على المسلم اليه متعلق بقوله رد الطعام ثم أقول الصواب أن يقال ولا يلزم على رب السلم رد الطعام اذا الكلام فيه كما لا يخفى (قوله وقوله لما بينا) يريد به قوله لان الثمن بدله أقول بل يريد به قوله لانه رهن به وان كان محبوسا غيره (قال المصنف لان الاستيفاء من الارش ممكن) أقول تأمل في صححه وذلك بتقدير المضاف أي من رهن الارش ولو قال لان استيفاء الارش من الرهن ليس بامان التكاف (قوله والثاني أن المكفول غير مضمون به في نفسه الخ) أقول ولا يبعد أن يدعى انطواء التعليل الاول على الثاني فان تعذر الاستيفاء يجوز أن يكون لعدم مضمونية ما يقابلها اذا الاستيفاء ولو الوجوب على ما مر مرارا

وقوله (ثم ظهر أنه) أي العبد المقتول (حر) وقد هلك الرهن فانه يهلك بالاقبل من قيمته ومن قيمة الرهن وقوله (ثم تصادقا أن لادين فالرهن مضمون) يعني في ظاهر الرواية ووجهه ما ذكرنا أنه قبض بمال مضمون ظاهر افكان كالدين الثابت حقيقة وعن أبي يوسف رجه الله خلافه يعني ليس عليه أن يرد شيئا لأنهما لم تصادقا أن لادين فقد تصادقا على عدم الضمان وتصادقهما حجة في حقهما والاستيفاء بدون الدين لا يتصور وقوله (وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه) يعني أن الرواية عن أبي يوسف محفوظة في مسألة

(٢٠٩)

الصلح عن انكار والمشايخ

قالوا القياس يقتضي أن

يكون حكم المسائل

الباقية مسألة العبد

والحل والشاة كذلك

وقوله (لابنه الصغير)

احتراز عن الابن الكبير

فانه لا يجوز للاب أن يرهن

عبده بدين نفسه الا باذن

الابن وقوله (لماينا)

اشارة الى قوله وهذا أنظر

في حق الصبي فان هلك

الرهن في يد الميرتهن هلك

بما فيه ويضمن الاب

والوصي للصغير قيمة الرهن

اذا كانت مثل الدين وان

كانت القيمة أكثر ضمنا

مقدار الدين دون الزيادة

لان ما فيها مودع ولهما

الولاية على ذلك وقوله

(وعند أبي يوسف لا تقع

المقاصة) بل يبقى دين

الغريم على الاب كما كان

وبصير للصغير الثمن على

المشتري وقوله (واذا

رهن الاب متاع ابنه

الصغير) يريد بيان جواز

أن يكون الاب راهنا

ومرتهن بالنسبة الى مال

واحد وهو أن يكون له دين

على ابنه الصغير فإخذ شيئا رهنا من متاعه فيكون راهنا من جهة

ابنه ومرتهن لذاته وقوله (أو عبده تاجر لادين عليه) قيد بذلك لان الشبهة على ذلك التقدير أما إذا كان عليه دين

فلا شك في جوازه وذلك لأنه يجوز من الوصي فلا أن يجز - وزمن الاب أولى فالورهن الوصي من عبده ولادين عليه لم يجز

(قال المصنف ما وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منهم ما هو القياس) أقول فينبغي أن يكون هذا رواية ظاهرة عن زفر فلا يناسبه

كلمة عن

(وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمة رهنا ثم ظهر أنه حر) وهذا كله على ظاهر الرواية (وكذا اذا صالح على انكار ورهن بمصالح عليه رهنا ثم تصادقا أن لادين فالرهن مضمون) وعن أبي يوسف خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال (ويجوز للاب أن يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير) لانه عليك الابداع وهذا أنظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه أبلغ خيفة الغرامة (ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تملك أمانة والوصي بمنزلة الاب) في هذا الباب لماينا وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منهم ما هو القياس اعتبارا بحقيقة الابقاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان أن في حقيقة الابقاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ للماله فاجزاع بقاءه كما فوض الفرق (واذا جاز الرهن بصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده وبصير الاب) أو الوصي (موفيا له ويضمنه للصبي) لانه قضى دينه بماله وكذا لو سلب المرتهن على بيعه لانه لو كيل بالبيع وهما ملكا كانا قالوا أصل هذه المسئلة البيع فان الاب أو الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان (واذا رهن الاب متاع الصغير من نفسه أو من ابنه صغيرا أو عبدا تاجر لادين عليه جاز) لان الاب لو فور شقيقته أنزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد (ولو ارتهنه الوصي من نفسه أو من هذين أو رهن عينه من اليتيم بحق اليتيم عليه لم يجز)

المال في المسئلة الاولى كان بدل الطعام المسلم فيه مع أن هلك الرهن بعد التفاسخ هناك كان بالبيع دون الثمن والصواب أن مراد المصنف بقوله لماينا انما هو الاشارة الى قوله لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره يعني أن هلك المرهون بما هو الاصل حين انعقاد الرهن وان كان المرهون محبوسا قبل الهلاك بغيره أيضا لقيامه مقامه وبهذا يتم كون المسئلة الثانية نظير المسئلة الاولى تأمل تفهم (قوله وكذلك لو سلب المرتهن على بيعه) قال صاحب الغاية أي كما أن الاب والوصي يضمنان للصبي اذا هلك عبده الذي رهناه عند المرتهن فكذلك يضمنان اذا سلب المرتهن على بيعه فباعه انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح اذ يابى عنه جدا قول المصنف في التعليل لانه لو كيل بالبيع وهما ملكا كانا والصواب أن مراد المصنف ههنا هو أن الاب والوصي كما يجوز لهما أن يرهنا بدين عليهما عبدا للصغير كذلك يجوز لهما أن يسلبا المرتهن على بيع ذلك العبد فينتظم التعليل المذكور ويظهر وجه ترك المصنف قيد فباعه بعد قوله وكذلك لو سلب المرتهن على بيعه اذ لو كان مراده ما زعمه الشارح المزبور لكان ذلك القيد مما

(٣٧ - تكمله ثامن)

على ابنه الصغير فإخذ شيئا رهنا من متاعه فيكون راهنا من جهة ابنه ومرتهن لذاته وقوله (أو عبده تاجر لادين عليه) قيد بذلك لان الشبهة على ذلك التقدير أما إذا كان عليه دين فلا شك في جوازه وذلك لأنه يجوز من الوصي فلا أن يجز - وزمن الاب أولى فالورهن الوصي من عبده ولادين عليه لم يجز (قال المصنف ما وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منهم ما هو القياس) أقول فينبغي أن يكون هذا رواية ظاهرة عن زفر فلا يناسبه كلمة عن

وذلك لاننا نجعل رهنه من عبده الذي لادين عليه في الموضعين كرهنه من نفسه الا انه لو رهن الاب من نفسه جاز فكذا اذا رهن من عبده والوصى لو رهن من نفسه لم يجوز فكذا من عبده وهذا بناء على (٢١٠)

أن يبيع الاب مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بأن باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة وأما بيع الوصي من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه على ما ذكره في الكتاب وهو واضح فالضمير في قوله من ابنه الصغير وابنه الكبير وعبده للوصى وقوله (لان له حكما واحدا) يريد كونه مضمونا بالاقبل من القيمة والدين سواء رهنه عند هؤلاء أو عند أجنبي وقوله (واذا رهن الاب متاع الصغير) يعني سواء كان لنفسه أو للصغير وقوله (ومات الاب) قيد اتفاقا لانه لو كان حيا كان الحكم كذلك ثم اذا قضى الابن دين المرتهن فان كان الرهن لنفسه فذاك وان كان لوالده فله أن يرجع في مال والده لانه مضطرب فيه على ما ذكر في الكتاب وقوله (لاشتماله على امرين جائزين) يريد به رهن الاب والوصى متاع الصغير

(قوله لادين عليه في

لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاها ما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الخاقاله بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متمم فيه ولا تتم في الرهن لان له حكما واحدا (وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز) لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز (وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن أو رهن) لان الاولى له التجارة ثميرا لمال اليتيم فلا يجب بدما من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء (واذا رهن الاب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الاب ليس لابن أن يرد حتى يقضى الدين) لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه (ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاء الابن يرجع به في مال الاب) لانه مضطرب فيه لحاجته الى احياء ماله فأنشبهه بمعبر الرهن (وكذا اذا هلك قبل أن يفتكه) لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله أن يرجع عليه (ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز) لاشتماله على امرين جائزين

لا بد منه بل كان عليه أن يزيد على ذلك القيد شيئا آخر وهو أن يقول وأخذ غنه لنفسه بدل دينه على الراهن اذ لو جعل غنه رهنا موضع عينه ولم يتلفه لا يضمنان شيئا للصبي لانهما عايناهما كان رهن مال الصبي بدين عليهما وعيلا كان التوكيل ببيع ماله فنأين يلزمهما الضمان بمجرد تسليطهما المرتهن على بيعه وبيع المرتهن اياه اذ لم يتلف المرتهن غنه بل حفظه بدل المبيع (قوله وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الخاقاله بالاب) قلت قوله الخاقاله بالاب علة للنفي دون النفي تأمل تقف (قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين) قال صاحب العناية يريد به رهن الاب والوصى متاع الصغير لادين على نفسه ورهنه ما ذلك لادين على الصغير وعلى هذا المعنى رأى جمهور الشراح ههنا أقول فيه بعد عما يحمله كلام المصنف فان الذي ذكره المصنف فيما قبل انما هو رهن الاب متاع الصغير لادين على نفسه أو لادين على الصغير دون رهن الوصي اياه فالظاهر أن الضمير في قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير راجع الى الاب فقط فدرج رهن الوصي أيضا في بيان مراد المصنف ههنا لا يناسب سياق كلامه وأيضاً قال المصنف فيما بعد وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذ لم يكن الاب أو وصي الاب ولا يخفى أن هذا العطف والتشبيه يقتضي أن يكون قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير مخصوصا بالاب فدرج الوصي في مضمونه لا يناسب لحاق كلامه فالحق في شرح هذا المقام ما ذكره صاحب العناية حيث قال أراد به ما رهن الاب متاع الصغير بدين نفسه وبدين على الصغير انتهى ثم قال صاحب العناية في بيان وجه قول المصنف لاشتماله على امرين جائزين وذلك لانه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهم ما على الانفراد ملك بدينه مالا لكل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت لكل دون العكس انتهى أقول في هذه الكنية منع ظاهر لا يرى أن انسانا أو فرسا يطبق تحمل كل واحد من أجزاء البيت المركب من الاجزاء ولا يطبق تحمل الكل قطعا وان رجلا شجاعا يطبق مقابلة كل واحد من أفراد العسكر على الانفراد ولا يطبق مقابلة مجموع العسكر

الموضعين) أقول يعني الاب والوصى (قوله وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة) أقول بل باقل من الدين والقيمة فان لا يقال بفي كلامه على الاعمال اغلب وهو مساواة الدين الرهن لانه ممنوع كما سبق (قوله فان كان الرهن لنفسه) أقول أي لمصلحة نفسه

بدين على نفسه ورهنهما

ذلك بدين على الصغير وذلك
لانه لما ملك أن يرهن بدين
كل واحد منهم - ما على
الانفراد ملك بدينه ما لان
كل ما جاز أن يثبت لكل
واحد من أجزاء المركب
جاز أن يثبت لكل دون
العكس وقوله (كفعله
بنفسه) أي كفعلي البتيم
بنفسه وقوله (والحكم
فيه هذا) يعني لو كان البتيم
بأنه رهن متاعه بنفسه
ثم استعاره من المرتهن
فهلك في يده لم يسقط الدين
لان عند هلاك الرهن
يصير المرتهن مستوفيا
ولا يمكن أن يجعل صاحب
الدين مستوفيا لدينه باعتبار
يد المدينين واذالم يسقط
الدين به - لا كه يرجع
المرتهن على الوصي بالدين
كما كان يرجع به قبل الرهن
ويرجع به الوصي على البتيم
وقد ضاعت العين
من مال البتيم لانه انما
استعاره لحاجة البتيم
وقوله (يضمنه لحق المرتهن)
يعني قدر الدين ولا يضمنه
لحق الصغير يعني قدر الزيادة
على الدين

(قوله جاز أن يثبت لكل)
أقول اذالم يمنع مانع كافي
الجمع بين الاختين وسائر
مالا يجوز الجمع بينهما
(قوله دون العكس) أقول
كما في الوكيلين والوصيين

(فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك لا ولد) لا يفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك
الوصي وكذلك الجدا ب الاب اذالم يكن الاب أو وصي الاب (ولورهن الوصي متاعا للبتيم
في دين استدان عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة البتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج
من الرهن وهلك من مال البتيم) لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة
الصبي والحكم فيه هذا على ما بينه ان شاء الله تعالى (والمال دين على الوصي) معناه هو
المطالب به (ثم يرجع بذلك على الصبي) لانه غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي
(ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي) لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه
(ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته) لانه متعد
في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين
ان كان قد حل (فان كان قيمته مثل الدين أداء الى المرتهن ولا يرجع على البتيم) لانه وجب للبتيم عليه
مثل ما وجب له على البتيم فالتضياف صا (وان كانت قيمته أقل) من الدين (أدى قدر القيمة الى
المرتهن وأدى الزيادة من مال البتيم) لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير (وان كانت قيمة الرهن
أكثر من الدين أدى قدر الدين من القيمة الى المرتهن والفضل للبتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن)
لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فتكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل
الذي فصلناه (ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه
لحق الصغير) لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لان له ولاية اخذ مال البتيم ولهذا
قال في كتاب الاقرار اذا أقر الاب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما أن
له ولاية الاخذ

معا وهذا في الامور الخارجية وأما في الاحكام الشرعية فكما أنه يجوز لرجل أن يجمع كل واحدة
من الاختين منفردة عن الاخرى بملك نكاح أو عاك يمين ولا يجوز له أن يجمعهم معاً في الجماع بشئ من
دينك السببين ولعن سائر الشراح وصاحب الكافي تبها لعدم صحة الكلبة فقالوا في البيان
والتعليل وذلك لانه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهم ما على الانفراد فكذلك بدينهما ولم يزيدوا على
هذا المقدار شيئاً لكن لا يخفى على الفطن المتأمل أن تعليلهم المذکور بدون تلك الكلبة لا يفيد
الشفاء في اثبات المدعى هنا ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاختلال الكلبة الواقعة في كلام صاحب
العناية قصد الاصلاح حيث قيد قوله لان كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن
يثبت لكل بأن قال اذالم يمنع مانع كافي الجمع بين الاختين وسائر ما لا يجوز الجمع بينهما أقول هذا
التقييد يخل بالمقام أما أولاً فلان التعليل المذکور لا يتم اثباتاً للمدعى حينئذ فان عدم تحقق المانع
فيما نحن فيه أول المسئلة اذ لو كان يدين في نفسه لما احتج الى ذكر جواز رهن الاب متاع الصغير بدين
على نفسه وبدين على الصغير بعد أن ذكر فيما قبل جواز رهنه اياه بكل واحد منهما وأما ثانياً فلانه
لا يتم حينئذ قول صاحب العناية دون العكس فان ما يثبت لكل يجوز أن يثبت للجزء اذالم يمنع عنه مانع
سيما في الامور الهيئته (قوله وهذا قال في كتاب الاقرار اذا أقر الاب أو الوصي بغصب مال الصغير
لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الاخذ) وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لم لا يكون

لا يجوز التصرف لكل واحد (قال المصنف لما أن له ولاية الاخذ) أقول لم لا يكون اقراراً بالاستعمال في حاجته فانه متعد بنفسه
ولهذا يضمنه

وقوله (بأخذه بدينه) أي يأخذ المرتهن ما ضمنه الوصي بمقابله دينه فصلا عما قبله للاستئناف وقوله (لماذا كرنا) إشارة إلى قوله
لأنه ليس بتعديل هو عامل له (قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير) قد علمت أن كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز أن يرهن بدين مضمون
والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنهما فان رهنها بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة ولا معتبر
بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها عند أي حنيفة رجع الله وقال لا يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنها مكانه وأني برواية
الجامع الصغير لا احتياجهما إلى تفصيل ذكره وقوله (فهو بمافيه) يعني فذلك الرهن يباع بمقابله الدين كله وقوله (في الوجهين)
يريد به ما يكون قيمته مثل وزنه (٢١٢) أو أكثر على ما ذكره في الكتاب وقوله (على الخلاف المذكور)

فإذا هلك في يده يضمنه للمرتهن بأخذه بدينه ان كان قد حصل ويرجع الوصي على الصغير لأنه ليس
بتعديل هو عامل له وان كان لم يحصل يكون رهنه عند المرتهن ثم إذا حل الدين يأخذ دينه منه ويرجع
الوصي على الصبي بذلك لماذا كرنا قال (ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) لأنه
يتحقق الاستيفاء منه فكان محالاً للرهن (فان رهنها بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وان
اختلفا في الجودة) لأنه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند أي حنيفة لان عنده بصير
مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنها مكانه (وفي
الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة وعشرة فضاء فهو بمافيه) قال رضي الله عنه معناه أن
تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن
وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا (فان
كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف) المذكور لهما أنه لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن لمافيه من
الضرر بالمرتهن ولا إلى اعتبار القيمة لأنه يؤدي إلى الرافضين إلى التضمن بخلاف الجنس لينتقض
القبض ويجعل مكانه ثم يملكه وله أن الجودة ساقطة العبرة في الاموال الروية عند المقابلة بجنسها
واستيفاء الجيد بالردى عاثر كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجاع ولهذا يحتاج إلى نقضه ولا يمكن
نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب ومطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه ويتعذر
التضمن بتعذر النقض

أقرار بالاستعمال في حاجته فانه متعدي فيه ولهذا يضمنه انتهى أقول ليس ذلك بشئ فان الاستعمال
في حاجة نفسه ليس بداخل في حقيقة الغصب ولا أمر لازم له اذ الغصب في اللغة أخذ الشئ من الغير
على سبيل التغلب وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده كما مر ذلك
كله في صدر كتاب الغصب ولا شك في عدم دخول الاستعمال في حاجة نفسه في شئ من معني الغصب
ولا في عدم لزومه لشيئ منهما فكيف يكون الاقرار بالغصب اقرارا بالاستعمال في حاجته (قوله وفي
الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة وعشرة فضاء فهو بمافيه) قال في العناية وأني برواية
الجامع الصغير لا احتياجهما إلى تفصيل ذكره انتهى وقال بعض الفضلاء طعننا فيه لا يخفى أن رواية
القدوري أيضا محتاجة إلى التفصيل انتهى أقول هذا كلام لغوا ولا يخفى أن رواية القدوري ليست
بحاجة إلى تفصيل كثير من مثل ما يحتاج اليه رواية الجامع الصغير وليس مراد صاحب العناية أن
رواية الجامع الصغير محتاجة إلى تفصيل ما خفي يقال ان رواية القدوري أيضا محتاجة إلى ذلك بل مراده

يعني عند أي حنيفة
رجعه الله يهلك بالدين
وعندهما يضمن القيمة من
خلاف جنسه وقوله
(ثم يملكه) يعني الراهن
يملك الرهن الذي جعل
مكان الرهن الاول
وقوله (واستيفاء الجيد
بالردى جائز) قال في
النهاية هكذا وقع في النسخ
ولكن الاصح أن يقال
واستيفاء الردى بالجيد
جائز وإنما قلنا ان هذا
أصح لوجهين أحدهما أن
الاستدلال بقوله كما اذا
تجوز به أي في بدل الصرف
والسلم يؤذن أن الاصح
أن يقال واستيفاء الردى
بالجيد لان التجوز إنما
يستعمل فيما اذا أخذ الردى
مكان الجيد ولان جواز
استيفاء الجيد بالردى
لا شبهة لاحد فيه فلا يحتاج
إلى الاستدلال بشئ آخر
والثاني الاستدلال بوضع
المسئلة فان وضع المسئلة

فما اذا استوفى المرتهن بعشرته قيمة ابريق هي أقل من العشرة لرداه فانه كان المرتهن مستوفيا بالردى بمقابله
جيده وأني أن ما في النسخ حتى ويفيد ما يرويه صاحب النهاية رجع الله فليتامل وقوله (وقد حصل الاستيفاء بالاجاع) لما عرف أن
يقبض الرهن ثبت الاستيفاء ولا ينتقض الا بالردى والقرض عدمه ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب وهو ما أن
يكون الراهن أو المرتهن لا سبيل إلى الاول لكونه متعنتا لطلبه ما يضره ولا المرتهن لأنه مطالب فلا يكون مطالباً ولأنه يلزم تضمين
الانسان ملك نفسه لنفسه واذا لم يمكن نقضه تعذر التضمن

(قوله الدراهم والدنانير) أقول والمكيل والموزون كذلك وإنما لم يذكرهما اكتفاء بذكر الدراهم والدنانير (قوله وأني برواية الجامع
الصغير لا احتياجهما إلى تفصيل ذكره) أقول لا يخفى أن رواية القدوري أيضا محتاجة إلى التفصيل

وقوله (قيل وهذه أربعة ما إذا الخ) انما يصور جعلها أربعة تلك بناء على ما روى عيسى بن أبان رحمه الله أن محمد بن أبي يوسف رحمه الله في تلك المسئلة وأما على الرواية المشهورة فلا يتصور لأن محمد بن أبي حنيفة رحمه الله وفي هذه مع أبي يوسف رحمه الله وقوله (والفرق لمحمد) يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة أنه أي رب الدين قبض الزئوف ليستوفي حقه من عينها أي أن يكون عينها مقام ماله عليه من الدين والزئافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وللمرتهن قبض الرهن ليستوفي دينه من محل آخر فكان قابلا لردده بالضممان وأخذ من حل حقه فينتقض القبض ووجه البناء ما قبل ان الزئيف مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفاء وهذا المستوفي اذا عذر رده بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشئ عند أبي حنيفة لمكان الجودة فكذلك في الرهن وعندهم هناك يضمن مثل المستوفي ويقام رد المنحل مقام رد العين لمراعاة حقه في الجودة فكذلك في الرهن قال شيخ الاسلام رحمه الله في مبسوطه ولكن جعله هذه المسئلة مبتدأة أولى لانه وجد ههنا للمرتهن الرضا بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعلمه أن بالهلاك يصير مستوفيا دينه باعتبار الوزن ولم يوجد غنة وقوله (ولو انكسر الارباق) كان الكلام فيما مر من حيث هلاك الرهن وههنا من حيث انكساره ولو انكسر الارباق وكانت قيمته مثل وزنه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمه الله لا يجبر الراهن على الفكك لانه ان أجبر عليه فاما أن يكون

(٢١٣)

مع ذهاب شئ من الدين أو مع كاله وهو نقصان من جهة الرهن لا وجه الى الاول لانه أي المرتهن يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد فانه لم ينقص من الدين الا في مقابلة ما فات من جودة الارباق بالكسر وذلك ربا ولا الى الثاني لما فيه من الاضرار بالراهن لان المرتهن قبض الرهن سلمه عن العيب وبالكسر صار مبيعا فيصير اليه حقه ناقصا اذا لم يسقط شئ من دينه وذلك ضرر به لا محالة فخيرناه بين أن يفنك بمافيه أي بالدين

وقيل هذه أربعة ما إذا استوفي الزئوف مكان الجياد فهل كنت ثم علم بالزئافة تمنع الاستيفاء وهو معروف غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور لأن محمد بن أبي حنيفة وفي هذا مع أبي يوسف والفرق لمحمد أنه قبض الزئوف ليستوفي من عينها والزئافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد أمكن عنده بالتضمين ولو انكسر الارباق في الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجبر على الفكك لانه لا وجه الى أن يذهب شئ من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى أن يفنك مع النقصان لمافيه من الضرر فخيرناه ان شاء الله فتمت بمافيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه أو خلاف جنسه وتكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضممان وعند محمد ان شاء الله فتمت ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا للحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعدد الفكك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذلك فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة أولى

أن رواية الجامع الصغير محتاجة الى تفصيل كثير زائد على ما احتاج اليه رواية القدوري كما أنه المصنف في مقدار تمام جاني الورقة وقد أشار اليه صاحب العناية بقوله الى تفصيل ذكره فلغا ما قاله ذلك البعض كما لا يخفى (قوله والفرق لمحمد رحمه الله) قال صاحب النهاية أي على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة واقتنى أثره في هذا التفسير بجماعة من الشراح منهم صاحب العناية

الذي في المكسور وهو جميع الدين وبين أن يضمن المرتهن قيمته من جنسه أو خلاف جنسه مصوغا فتكون رهنا عند المرتهن ويملك المكسور بالضممان وقال محمد ان شاء الله فتمت ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا للحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعدد الفكك مجانا يعني لما تقدم أنه لا وجه الى أن يذهب شئ من الدين ولا أن يفنك مع النقصان بقي أن يفنك مجانا وهو متعذر فصار بمنزلة الهلاك في تعدد الفكك وفي الحقيقي من الهلاك مضمون بالدين بالاجماع فكذلك فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند هلاك الرهن استيفاء بالمالية وكل ما هو استيفاء عند الهلاك بالمالية فطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة لفوات عينه ثم تقع المقاصة بين الدينين وهو مشروع وفي جعله مضمونا بالدين اغلاق الرهن وهو الاحتباس الكلي بأن يصير الرهن مملوكا للمرتهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة أولى

(قال المصنف وقيل هذه أربعة ما إذا استوفي الزئوف مكان الجياد الخ) أقول فان قلت لأولية لتكون هذه فرع تلك دون العكس بل الظاهر أن كليهما فرع أصل واحد قلت بين كيفية التفرع في الشروح فراجعها (قوله يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة) أقول فيه بحث اذ ينهدم حيث بدأ البناء يعني بناء على قول محمد كما لا يخفى على أولى النهي الا أن يقال المراد كونها بناء عليها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف (قوله وعندهم) أقول على رواية عيسى بن أبان (قوله لعلمه بأن الهلاك) أقول هذا العلم بعد تقرير المسئلة والكلام فيه (قوله فاما أن يكون مع ذهاب شئ من الدين أو مع كاله) أقول يعني أو مع كمال الدين

وفي عبارته تسامح والحق فكان التضمن بالقيمة واجبا أو صوابا أو الصحيح أو ما شا كل ذلك وقوله (وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه) بأن يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية لوجود عشرة فيه بضمن قيمته جيداً من خلاف جنسه احترازاً عن الر بأوردية من جنسه ويكون المضمون رهناً عنده إلى أن يحل الاجل ويكون المكسور له وهذا بالاتفاق وأما عندهما فظاهر كما إذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار على ما مر وكذا عند محمد رحمه الله لأنه يعتبر الانكسار بالهلاك والهلاك عنده بالقيمة يعني في هذا الفصل وهو ما إذا كانت قيمة الأبريق أقل من وزنه لا بالدين فكذا الانكسار وانما قدم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج الثاني إلى زيادة بيان فيه طول وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كان وزنه عشرة كالدين وقيمته أكثر من وزنه اثني عشر لجودة وصناعة فيه عند أبي حنيفة رحمه الله بضمن جميع قيمته ويكون رهناً عنده وعند أبي يوسف رحمه الله بضمن خمسة أسداس قيمته وبذلك خمسة أسداس الأبريق ويفرض سدسه حذراً (٣١٤) عن طريق الشيوخ فان الطارئ منه فيه كالمقارن كما تقدم وعند

محمد رحمه الله أن النقص بالانكسار ان كان درهما أو درهماً من ايجير الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين وان كان أكثر من ذلك يجبر الراهن بين أن يجعل الرهن للرهن بدنه وبين أن يسترده بقضاء جميع الدين ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن العبرة في الاموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة فان كان الرهن باعتبار الوزن كله مضموناً كما إذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله مضموناً من حيث القيمة وان كان بعضه مضموناً كما إذا كان وزن الرهن أكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا الزائد عليه وتنقسم

وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية بضمن قيمته جيداً من خلاف جنسه أو رديتاً من جنسه وتكون رهناً عنده وهذا بالاتفاق أما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد لأنه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثني عشر عند أبي حنيفة بضمن جميع قيمته وتكون رهناً عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله مضموناً يجعل كله مضموناً وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضموناً استحتم أن يكون التابع أمانة وعند أبي يوسف بضمن خمسة أسداس قيمته ويكون خمسة أسداس الأبريق له بالضمان وسدسه يفرض حتى لا يبقى الرهن شائعاً ويكون مع قيمته خمسة أسداس المكسور رهناً عنده تعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة

أقول لم أدرك كيف ذهبوا الى هذا السرح مع ظهور بطلانه اذ قد صرح المصنف بان بناء هذه المسئلة على تلك المسئلة لا يصح على الرواية المشهورة في تلك المسئلة لان محمد اذ فهم مع أبي حنيفة وفي هذه المسئلة مع أبي يوسف وذكرا الشراح أن بناء هذه على تلك انما يتصور على ما روى عيسى بن أبان أن محمداً مع أبي يوسف في تلك المسئلة ولا يخفى أن الفرق لمحمد بين المسئلتين انما يتصور على الرواية المشهورة في تلك المسئلة دون رواية عيسى بن أبان فيها فان قول محمد واحد في المسئلتين على روايته فالفرق لمحمد بنافي البناء قطعاً والصواب في شرح هذا المحل أن يقال أي على تقدير أن لا تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة كما هو مقتضى الرواية المشهورة فيها بل كانت مسألة مبتدأة كما هو الاصح كما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه عامة الشراح ههنا وبفصح عما ذكرنا من صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال وقيل هذه المسئلة فرع ما إذا استوفى الزئوف مكان الجياد وهو لا يعلم به وهلك الزئوف عنده ثم علم بالزيادة فانه سقط دينه ولا شيء عليه في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف بضمن مثل ما قبض وبأخذ مثل حقه وقول محمد أولاً كقول أبي حنيفة وآخر كقول أبي يوسف كذا ذكره عيسى بن أبان والاصح أن هذه مسألة مبتدأة لان محمد اذ فهم مع أبي حنيفة في تلك المسئلة في المشهور ومع أبي يوسف في هذه

الجودة على المضمون والامانة فحصة المضمون مضمونة وغيرها أمانة وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضموناً استحتم أن يكون التابع أمانة وفي مسئلتنا كان كله مضموناً من حيث الوزن لان الفرض أن وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضموناً من حيث القيمة لئلا يكون حكم البيع مخالفاً لحكم الاصل والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك أن حالة الهلاك حالة استنفاد فبقع الفضل أمانة وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هي بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضا الراهن فيكون مضموناً بالقيمة كالمغصوب لكن بخلاف جنسه ووجه قول أبي يوسف رحمه الله أن الضمان والامانة يشجع في الوزن والجودة لان الجودة متقومة في ذاتها بدليل اعتبارها عند المقابلة

(قوله وفي عبارته تسامح والحق فكان التضمن بالقيمة واجبا أو صوابا أو الصحيح أو ما شا كل ذلك) أقول فيه بحث (قوله احترازاً عن الر بالخ) أقول فيه بحث بل التقييد بالجيد لا لبيان أنه لا يلزم الربا في خلاف الجنس وان ضمن بالجيد فليست أملاً فان مراده تعليل تقييد ضمان الجيد بكونه خلاف جنسه فان المرتهن يملك عشرة دراهم لضمانه ثمانية ان ضمن قيمته جيداً من جنسه

(بمخلاف جنسها وفي تصرف المريض) فانه اذا باع قلبا وزنه عشرة وقيمتها عشرون بعشرة لم يسلم للشئ ويعتبر خروجه من الثلث واحدا رها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لان كونها هدر في ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كالزيادة في الوزن فامكن اعتبارها ويصير خمسة أسداس الا يبق مضمونا لجودته وصنعتة وسدسه أمانة فالتغير بالانكسار فيما هو أمانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده أيضا فيضمن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسه ووجه قول محمد رحمه الله أن الوزن مضمون والجودة أمانة للنسبة لأن الجودة تابعة للوزن
(٢١٥) لا تنفصل عنه وصفة الأمانة

في الموهون كذلك فيجعل الأصل في مقابلة الأصل والتبع بمقابلة التبع وإذا ظهر ذلك فان زاد النقصان على الدرهم من وقع النقصان في المضمون وهو العشرة بالانكسار والانكسار عنده كالهلاك وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين ويتخير الراهن كما ذكرنا وان لم يزد على الدرهم من وقع النقصان في الأمانة والرهن والمضمون باق على حاله فيجبر الراهن على الفكاك كالمطلوب ينقص منه شئ واعلم أن الدرهم والدرهمين ليسا بمختلفين في ذلك وانما الفاصل نقصان مقدار الصناعة كائنا ما كان وانما وقع الدرهمان ههنا باعتبار أن الزيادة في المسئلة مفروضة بذلك قال (ومن باع عبدا على أن يرهنه المشتري شيئا بعينه الخ) كلامه واضح وقوله (لم

بمخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعنا فامكن اعتبارها وفي بيان قول محمد نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها قال (ومن باع عبدا على أن يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا) والقياس أن لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع شيئا على أن يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس أنه صفقة في صدقة وهو منهي عنه ولأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاجلها ومنه يفسد البيع وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيناق وانه ملائم للوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا وكان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقى الاعتبار بعينه فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح (ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه) وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات (ولكن البائع بالخيار ان شاء رضى بترك الرهن وان شاء فسخ البيع) لانه وصف مرغوب فيه ومارضى الابن فيتخير بفواته (الا أن يدفع المشتري الثمن حالا) لحصول المقصود (أو يدفع قيمة الرهن رهنا) لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة

المسئلة والفرق لمحمد أنه قبض الزئوف الى آخر كلامه تبصر (قوله فاذا كان الكفيل حاضرا بالمجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى) قال صاحب الكفاية أي معنى الشرط وهو الملازمة أقول ليس هذا بسديد اذا لا يساعد محرر المصنف قطعا فانه قال بعد قوله اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فيصير معنى كلام المصنف على ما ذكره الشارح المذكور وهو أي معنى الشرط الذي هو الملازمة ملائم ولا حاصل له كما لا يخفى فالحق أن مراد المصنف اعتبرنا فيه المعنى أي معنى الشرط الذي هو الاستيناق وهو أي هذا المعنى الذي هو الاستيناق ملائم أي ملائم للعقد لكونه مؤكدا موجب العقد فصح العقد وهذا المعنى صحيح مطابق لقوله في وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيناق وانه ملائم للوجوب (قوله واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا) وكان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة) أقول فيه شئ وهو أن التعليل بقوله للجهالة قاصر عن إعادة تمام المدعى فانه انما يتمشى فيما اذا لم يكن الرهن والكفيل معينا لا فيما اذا كان الكفيل غائبا اذا الغيبة لا تقتضي الجهالة لجواز أن يكون مع لوما معينا ولا يكون حاضرا في المجلس بل هو المراد بقوله أو كان الكفيل غائبا حيث جعله قسيما لكون الرهن والكفيل غير معين اللهم الا أن يقال ان الجهالة المذكورة في التعليل تعم الجهالة من حيث الذات والجهالة من حيث المكان وان الجهالة الثانية تتحقق فيما اذا كان

يبقى معنى الكفالة والرهن للجهالة) يعني أن جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان بالنظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فمعهناه وهو الاستيناق لان المشتري ربما يأتي بشئ يساوي عشر حقه أو يعطى كفيلا غير ملي وليس في ذلك من التوثيق شئ فبقى الاعتبار بعين الشرط فيفسد العقد

(قوله بمخلاف جنسها) أقول لئلا يلزم الربا فانه اذا ضمن بجنسه يملك المرتهن عشرة دراهم بمقابلة اثني عشر (قوله فيضمن قيمته خمسة أسداسه من خلاف جنسه) أقول حذرا عن الربا

وقوله (ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن) قيل يريد به ثوبا غير المشتري والصواب أنه وغيره سواء ولو قال أمسكه بدينك أو قال أمسكه رهنا حتى أعطيك ثمنك فهو رهن بلا خلاف وقوله (علم أن مراده الرهن) لأن حكم الرهن هو الحبس الدائم الى وقت الفسك فاذا صرح بهذا علم أن مراده الرهن

فصل في وجه الفصل كون (٢١٦) الرهن متعددا ولا خفاء في تأخر التعدد عن الافراد قوله (وصار كالبيع

في يد البائع) في أن المشتري اذا أدى حصة أحدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من أخذه حتى يؤدي باقي الثمن فاذا سمي لكل واحد من أعيان الرهن شيئا كالورهن عبيدين بألف كل عبيد بخمسمائة ثم قضاة خمسمائة فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له أن يقبض اذا أدى ما سمي ووجه كل واحد منهما ما ذكر في الكتاب وقوله (ألا يرى) توضيح لذلك فإنه لما تمكن المرتهن من تفريق القبول في الاتسداء وجب أن يتمكن الراهن من تفريق القبض في الانتهاء وحاصله أن الصفقة تنفرد في باب الرهن بتفريق التسمية فكانه رهن كل عبيد بعد على حدة بخلاف البيع فإنها لا تتفرد فيه بتفريق التسمية بدليل أنه لو باعه عبيدين بألف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يجز في حالة الاجال وهذا لأن البيع عقد عليك

قال (ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن) لأنه أتى بما ينبي عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصل حواله والحوالة في ضد ذلك كفالة وقال زفر لا يكون رهنا ومثله عن أبي يوسف لأن قوله أمسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني أقلهما فيقضي بثبوتة بخلاف ما اذا قال أمسكه بدينك أو بمالك لأنه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مداه الى الاعطاء علم أن مراده الرهن

فصل * ومن رهن عبيدين بألف فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من أجزائه مباغاة في حله على قضاء الدين وصار كالبيع في يد البائع فان سمي لكل واحد من أعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له أن يقبضه اذا أدى ما سمي له وجه الاول أن العقد متحد لا يتفرق بتفريق التسمية كما في المبيع وجه الثاني أنه لا حاجة الى الاتحاد لان أحد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر ألا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز

الكفيل غائبا لكن فيه ما فيه تأمل ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا المقام يعني أن جواز العقد استحسننا مع وجود الشرط انما كان باعتبار النظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فمقتضى معناه وهو الاستيثاق لان المشتري ربما أتى بشئ يساوي عشر حقه أو يعطى كفيلا غير مملو وليس في ذلك من التوثيق شئ فبقى الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد انتهى أقول وفيه قصورا أما أولا فلأنه ترك ذكر كون الكفيل غير معين في تصوير المدعى حيث قال واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فمقتضى معناه مع أن كون الكفيل غير معين داخل أيضا في مسألة الكتاب وأما ثانياً فلأن قوله في التعليل أو يعطى كفيلا غير مملو لا يفيد ما سبق له وهو قوله في المدعى والكفيل غائبا لما ذكرنا أن فأن غيبة الكفيل عن المجلس لا تقتضي عدم تعيينه فيجوز أن يعين المشتري للكفالة رجلا مملوا غائبا عن المجلس فكيف يقدر على أن يعطى كفيلا غير مملو بعد أن عين الملى والكفالة والحق في تعليل فوات المعنى عند كون الكفيل غائبا أن يقال لجواز أن لا يقبل الكفالة عند حضوره ولعل المصنف ترك تعليل هذه الصورة بناء على ظهوره أو انفهامه من قوله ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح تدبر

فصل قال في العناية أخذا من النهاية وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء في تأخر التعدد عن الافراد انتهى أقول لا يذهب عليك أن هذا الوجه انما يتم بالنظر الى المسئلة الاولى من هذا الفصل دون المسائل الباقية منه اذ لا تعدد في الرهن في شئ منها وانما التعدد في المرتهن في بعض منها وفي الراهن في بعض آخر منها فالاولى أن يقال وجه الفصل كون الرهن أو المرتهن أو الراهن متعددا كما أشار اليه في غاية البيان فحينئذ ينظم وجه الفصل جميع المسائل المذكورة في هذا الفصل كما ترى (قوله ألا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز) قال صاحب النهاية والعناية وحاصله أن الصفقة

والهلال قبل القبض يبطله فبعد ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى الى تفريق الصفقة قبل التمام بأن يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فإنه بالهلال ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به

فصل ومن رهن عبيدين (قوله وجه الفصل كون الرهن متعددا) أقول أرا الراهن أو المرتهن (قوله وهذا لان البيع الخ) أقول قوله وهذا أي وجه الفرق بين البيع والرهن حيث لا يتمكن المشتري من قبض حصة الثمن بنقده في الاول ويتمكن الراهن بإداء حصة أحد الرهنيين من استرداده بأنه لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام في الرهن على تقدير اتحادها بخلاف البيع فلا حاجة الى الاتحاد فيه

تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل عبد بعد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية بدليل أنه لو باعه عبدين بألف كل واحد منهما بمائة فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يحز كافي حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد تعليق والهلاك قبل القبض يبطله فبعد ما تقدم بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى الى تفرق الصفقة قبل التمام بأن يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود كما أن بالافتسكال ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفرق الصفقة لان أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه انتهى أقول فيه بحث وهو أن حاصل كلامهما الاستدلال على أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية ولا تتفرق في باب البيع بذلك بدليلين أحدهما إنى وهو أنه لو رهن عبدين بألف وسمى لكل واحد منهما شيئاً من الألف فقبل المرتهن الرهن في أحدهما دون الآخر جاز وإن باعهما بألف وسمى لكل واحد منهما شيئاً من الألف فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يحز وثانيهما المسمى وهو ما ذكرناه بقولهما وهذا لان البيع عقد تعليق الخ والاول منهما سالم والثاني منظور فيه عندى اذ لا شك أن المحذور تفرق الصفقة الواحدة دون تفرق الصفقة المتفرقة في الاصل وأن الكلام هنا في اثبات أن الصفقة تتفرق بتفرق التسمية في باب الرهن ولا تتفرق بذلك في باب البيع فالتأدى الى تفرق الصفقة في باب البيع على تقدير أن يتمكن المشتري من قبض بعض المعقود عليه بعد ما تقدم بعض الثمن انما يكون محذوراً عند ثبوت عدم تفرق الصفقة بتفرق التسمية في باب البيع ولم يثبت بعد بل هو أول من قصد اثباته ههنا بقولهما وهذا لان البيع عقد تعليق الخ فابتناء الدليل عليه مصادرة على المطلوب فالوجه الظاهر في اية الفرق بين بابي الرهن والبيع في تفرق أحدهما بتفرق التسمية دون الآخر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما افتقرت لان ضم الردى الى الجيد متعارف في البيع غير متعارف في الرهن فلو تفرق البيع بتفرق التسمية كان للمشتري أن يقبل في أحدهما فيقبل الجيد فيضرر به البائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لم يضرر به الراهن ولان في البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة تصير الثانية شرطاً في الاولى وهو شرط فاسد والبيع يفسد به أما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة انتهى ثم قال صاحب النهاية والعناية فان قيل هذا في حالة الاجمال موجود قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فربما كان أحد العبدین أكثر قيمة مثل أن يساوى أحدهما ألفاً والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يبين هذان ذلك وأراد الراهن فكالك الذي قيمته ألفان فأدى ألفاويقول هـ هذا الذي رهنته بألف والمرتهن يقول بل هذا رهن بألفين فكان ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فاما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لاجهالة هناك تفضي الى المنازعة فلهذا يمكن فكالك البعض بقضاء بعض الدين انتهى أقول في الجواب بحث أما أولاً فلانه لم يجعل قيمة كل واحد من العبدین فيصلا في قطع المنازعة في حالة الاجمال ولولا ذلك لما كان في قول المصنف في صدر مسألة الاجمال وحصة كل واحد ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما فائدة وأما ثانياً فلانه اذا كان العبدان متساويين في القيمة لا يوجد هناك جهالة تفضي الى المنازعة مع أن جواب مسألة الاجمال نعم هذه الصورة أيضاً فالأولى في دفع النقض بحالة الاجمال أن يقال لان تفرق الصفقة انما يتصور فيما اذا كان في كلام العقائد ما يتحمله كافي حالة التفصيل فان تفرق التسمية فيهما تتحمل تفرق الصفقة بخلاف حالة الاجمال اذ لم يوجد فيه شيء يتحمله فاذا تعين الحمل فيها على تفرق الصفقة فيها وان لم يلزم التأدى الى تفرق الصفقة قبل تمامها في باب الرهن على تقدير أن يحمل عليه في حالة الاجمال أيضاً تأمل

كما أن بالافتسكال ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفرق الصفقة لان أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه انتهى أقول فيه بحث وهو أن حاصل كلامهما الاستدلال على أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية ولا تتفرق في باب البيع بذلك بدليلين أحدهما إنى وهو أنه لو رهن عبدين بألف وسمى لكل واحد منهما شيئاً من الألف فقبل المرتهن الرهن في أحدهما دون الآخر جاز وإن باعهما بألف وسمى لكل واحد منهما شيئاً من الألف فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يحز وثانيهما المسمى وهو ما ذكرناه بقولهما وهذا لان البيع عقد تعليق الخ والاول منهما سالم والثاني منظور فيه عندى اذ لا شك أن المحذور تفرق الصفقة الواحدة دون تفرق الصفقة المتفرقة في الاصل وأن الكلام هنا في اثبات أن الصفقة تتفرق بتفرق التسمية في باب الرهن ولا تتفرق بذلك في باب البيع فالتأدى الى تفرق الصفقة في باب البيع على تقدير أن يتمكن المشتري من قبض بعض المعقود عليه بعد ما تقدم بعض الثمن انما يكون محذوراً عند ثبوت عدم تفرق الصفقة بتفرق التسمية في باب البيع ولم يثبت بعد بل هو أول من قصد اثباته ههنا بقولهما وهذا لان البيع عقد تعليق الخ فابتناء الدليل عليه مصادرة على المطلوب فالوجه الظاهر في اية الفرق بين بابي الرهن والبيع في تفرق أحدهما بتفرق التسمية دون الآخر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما افتقرت لان ضم الردى الى الجيد متعارف في البيع غير متعارف في الرهن فلو تفرق البيع بتفرق التسمية كان للمشتري أن يقبل في أحدهما فيقبل الجيد فيضرر به البائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لم يضرر به الراهن ولان في البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة تصير الثانية شرطاً في الاولى وهو شرط فاسد والبيع يفسد به أما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة انتهى ثم قال صاحب النهاية والعناية فان قيل هذا في حالة الاجمال موجود قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فربما كان أحد العبدین أكثر قيمة مثل أن يساوى أحدهما ألفاً والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يبين هذان ذلك وأراد الراهن فكالك الذي قيمته ألفان فأدى ألفاويقول هـ هذا الذي رهنته بألف والمرتهن يقول بل هذا رهن بألفين فكان ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فاما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لاجهالة هناك تفضي الى المنازعة فلهذا يمكن فكالك البعض بقضاء بعض الدين انتهى أقول في الجواب بحث أما أولاً فلانه لم يجعل قيمة كل واحد من العبدین فيصلا في قطع المنازعة في حالة الاجمال ولولا ذلك لما كان في قول المصنف في صدر مسألة الاجمال وحصة كل واحد ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما فائدة وأما ثانياً فلانه اذا كان العبدان متساويين في القيمة لا يوجد هناك جهالة تفضي الى المنازعة مع أن جواب مسألة الاجمال نعم هذه الصورة أيضاً فالأولى في دفع النقض بحالة الاجمال أن يقال لان تفرق الصفقة انما يتصور فيما اذا كان في كلام العقائد ما يتحمله كافي حالة التفصيل فان تفرق التسمية فيهما تتحمل تفرق الصفقة بخلاف حالة الاجمال اذ لم يوجد فيه شيء يتحمله فاذا تعين الحمل فيها على تفرق الصفقة فيها وان لم يلزم التأدى الى تفرق الصفقة قبل تمامها في باب الرهن على تقدير أن يحمل عليه في حالة الاجمال أيضاً تأمل

(قوله فانه بالهلاك ينتهي)
أقول أى بالهلاك في
يد المرتهن (قوله فلو تمكن
من استرداد) أقول أى
فلو تمكن الراهن

قال (فان رهن عينا واحدة عند رجلين الخ) صورة المسئلة ظاهرة ولم يتعرض لكونهم مباشرين في الدين أو غيرهم ولا لكون الدينين من جنس واحد أو من جنسين مختلفين بأن يكون دين أحدهما ذراهم ودين الآخر دنانير لان الكل في ذلك سواء وقوله (لان الرهن أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوخ فيه) قيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد رجهما الله فان العقد فيهما أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوخ حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفيين كالنصف على النصف والجواب أن (٢١٨) اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوخ فيما يكون العقد مفيد الملك كالهبة

والمبيع فان العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل ساعة تنقسم عليهم للجواز والرهن غير مفيد للملك وانما يفيده الاحتباس ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمنع الشيوخ فيه تحريما للجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوخ يمنع عنه وهذا هو الجواب لأبي حنيفة رضي الله عنه في جعل ذلك شائعا مانعا عن الهبة دون الرهن وقد تقدم وقوله (فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر) يشير الى أن ارتها كل واحد منهما باق مالم يصل الرهن الى الراهن وقوله (لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق) اعترض عليه

(قوله اكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوخ منع عنه الخ) أقول وكذلك في الهبة فلم يحصل الجواب على قولهما وكان

قال (فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما) لان الرهن أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوخ فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزى فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند أبي حنيفة (فان تهايا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر) قال (والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين) لان عند الله لآله يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذا لاستيفاء مما يتجزأ قال (فان أعطى أحدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر) لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق

(قوله فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوخ فيه) قال صاحب العناية أخذ من النهاية قيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد فان العقد فيهما أضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوخ حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفيين كالنصف على النصف والجواب ان اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوخ فيما يكون العقد مفيد الملك كالهبة والمبيع فان العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل ساعة تنقسم عليهم للجواز والرهن غير مفيد للملك وانما يفيده الاحتباس ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمنع الشيوخ فيه تحريما للجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوخ منع عنه الى هنا كلامه أقول هذا السؤال والجواب على التقرير المذكور ليسا بصحيحين في حق الهبة اذ لا فرق على قول أبي يوسف ومحمد بين الرهن والهبة في عدم تحقق الشيوخ في شيء من صورتي رهن عين واحدة عند رجلين وهبتهما منهما وانما الفرق بينهما على قول أبي حنيفة ألا يرى الى ما مر في كتاب الهبة من انه اذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما مسلما هاجلة وهو قد قبضها جلة فلا شيوخ وان وهب واحدا من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة وقال لا يصح لان هذه أشبهت الجلة منهما اذ التملك واحد فلا يتحقق الشيوخ كالمورهن من رجلين وله أن هذا هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا ينقسم فقبل أحدهما صح لان الملك ثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التملك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوخ بخلاف الرهن لان حكمه الحبس وثبت لكل واحد منهما كلاً ولهذا الوضعي دين أحدهما لا يسترد شيئا من الرهن انتهى فلامعنى انقضاء ما نحن فيه بالهبة على قول أبي يوسف ومحمد أصلاً ولا للجواب عنه على قولهما بما ذكر في الجواب المذكور من الفرق كما لا يخفى (قوله وان أعطى أحدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق) قال في العناية أخذ من النهاية اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي أن يكون الرهن في

المراد ذلك (قال المصنف فان تهايا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر) أقول هذا اذا كان مما لا يتجزأ فظاهر وان كان مما يتجزأ وجب أن يحبس كل واحد منهما النصف فان دفع أحدهما كله الى الآخر وجب أن يضمن الدافع عند أبي حنيفة خلافاً لهما وأصل المسئلة الوديعة فيما اذا أودع رجل عند رجلين شيئا يقبل القسمة فدفع أحدهما كله الى الآخر قيل الدافع يضمن عنده خلافاً لهما كذا في شرح الزيلعي وقد نص عليه المصنف في كتاب الوديعة حيث قال وكذا الجواب في المرتهنين

بأن المرهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قضاؤه إلى الأول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالبة الرهن فان فيه وفاء بدينهما فتمين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا قال (وان رهن رجلان بدين عليهما رهننا الخ) هذه عكس المسئلة التي تقدمت وهي واضحة ومن شعبها ما اذا كان في يد رجل ادعاء رجل انه رهنه عبده بدين له عليه وقبضه وأقام على ذلك بينة وادعاء آخر كذلك وهو أحد الوجوه فيها وجعلتها ان العبد اما أن يكون في أيديهما أولا في يد واحد أو في يدا أحدهما فان كان في يدا أحدهما فهو أولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عهده كما في الشراء وقد تقدم الآن يقيم الآخر بينة انه الأول فانه صريح

(٢١٩)

وان لم يكن في يدا أحدهما فهو المذكور في الكتاب أولا وكلامه فيه واضح وان كان في أيديهما فان علم الأول منهما فهو أولى وان لم يعلم فهو مسألة الكتاب على ما ذكره من القياس والاستحسان قال محمد رحمه الله في الأصل وبه أي بالقياس نأخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب والفرق بينه وبين الرهن من رجلين أن حق كل واحد منهما ثمة يثبت في جميع الرهن حتى اذا قضى دين أحدهما فهو رهن كله عند الآخر حتى يقضى دينه لوجود الرضا من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس معه وهما كل واحد منهما غير راض بذلك وقد أشار المصنف رحمه

وعلى هذا حبس المبيع اذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن قال (وان رهن رجلان بدين عليهما رهننا واحدا فهو جائز والرهن بكل الدين وللمرتهن أن يمسه حتى يستوفي جميع الدين) لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوخ (فان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل) لان كل واحد منهما أثبت بينته أنه رهنه كل العبد ولا وجه إلى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهننا لهذا وكله رهننا لذلك في حالة واحدة ولا إلى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الأولوية ولا إلى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي إلى الشيوخ فتعذر العمل بهما وتعين التنازل ولا يقال انه يكون رهننا لهما كأنهما ارتهناهما معا اذا جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلامهما أثبت بينته حبسا

يدا الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قضاؤه إلى الأول من الدين عند الهلاك ~~لكن~~ يسترده وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالبة الرهن فان فيه وفاء بدينهما فتمين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا انتهى أقول هذا الجواب غير شاف في دفع الاعتراض المذكور لان السائل بسط مقدمة وهي أن المرهن الذي استوفى حقه من الرهن انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي ففرع عليه اقله فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه ولا يخفى عليك أن تلك المقدمة صادقة وانها تقتضي أن لا يكون ارتهان الذي استوفى حقه باقيا بعد استيفاء حقه لان مقصوده من الرهن قد انتهى باستيفاء حقه فوجه بقاء ارتهانه بعده وبالجملة بقاء ارتهان كل واحد منهما ما لم يصل الرهن إلى الراهن غير مسلم عند السائل بل هو يقول لا معنى لبقاء ذلك بعد استيفاء أحدهما حقه اذا كان الرهن في يد الآخر ويستند في ذلك إلى المقدمة التي بسطها في أول كلامه فلا يشفيه الجواب المذكور (قوله فان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل) قال صاحب العناية وهو

الله إلى هذا في الوجه الأول بقوله لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة وباق كلامه واضح والله تعالى أعلم

(قال المصنف لانه يؤدي إلى الشيوخ فتعذر العمل بهما وتعين التنازل) أقول هذا اذا لم يؤثر خافان أرخا كان صاحب التاريخ الأقدم أولى لانه أثبتته في وقت لا ينزعه فيه أحد وكذا اذا كان الرهن في يدا أحدهما كان صاحب اليد أولى لأن تمكنه على القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امرأة أو شراء عين من واحد كذا في شرح الزيلعي واذا أرخ أحدهما ففيه تفصيل مذكور في غاية البيان (قوله هذه عكس المسئلة المتقدمة وهي واضحة ومن شعبها) أقول الضمير في شعبها راجع إلى المسئلة (قوله وهو أحد الوجوه) أقول أي كونه في يد رجل (قوله وجعلتها أن العبد اما أن يكون في أيديهما أولا في يدا أحدهما) أقول لا فرق بين أن يكون في أيديهما وأن لا يكون في يدا أحدهما فانه لا تقبل البينة في حال حياة الراهن على المختار وتقبل بعدها (قوله وان كان في أيديهما فان علم الأول منهما فهو أولى الخ) أقول وهذا التفصيل لا بد منه في المسئلة الأولى فان كونها مسألة الكتاب على تقدير جهل التاريخ (قوله قال محمد في الأصل وبه أي بالقياس نأخذ) أقول يعني في المسئلة الأولى (قوله لوجود الرضا من كل واحد منهما) أقول تعادل لقوله يثبت في جميع الرهن

باب الرهن بوضع على يد العدل

لما فرغ من الأحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع الى نائبه ما هو العدل لان حكم النائب يقف وحكم الاصل والمراد بالعدل ههنا من رضى الراهن (٢٢٠) والمرتهن بوضع الرهن في يده ورضيا ببيعه الرهن

عند حلول الاجل وهو وكيل الراهن ببيعه لئلا يخلو المفسد في مسائل ذكرها في النهاية عن شيخ الاسلام والتمت تأني رحهما الله قال (واذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل الخ) كلامه واضح وقوله (ذكر قوله في بعض النسخ) اشارة الى أن في بعضها ليس كذلك فانه ذكر في المبسوطين وشرح الاقطع ابن أبي ليلى بدل مالك وكأنه شك في هذه الرواية عن مالك فان القبض ليس بشرط عنده كما مر في أول هذا الكتاب فان ثبت ذلك عنده كان عنده روايتان وقوله (ولهذا يرجع العدل عليه) أي على الراهن عند الاستحقاق يعني اذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ولو لم تكن يده يد الراهن لما رجع وهو كالمودع اذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فانه يرجع على المودع لان يده يد مودعه وقوله (ولنا) ظاهر

يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبه هذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمدا أخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يملك أمانة لان الباطل لا يحكم له قال (ولو مات الراهن والعبد في أيديهما فأقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا ببيعه بحقه استحسانا) وهو قول أبي حنيفة وتجدد في القياس هذا باطل وهو قول أبي يوسف لان الحبس للاستيفاء حكم أصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كافي حالة الحياة وجه الاستحسان أن العقد لا يبرأ لذاته وانما يبرأ لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يضرمه وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضرمه وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة أو ادعت أختان النكاح على رجل وأقاموا البينة تهاوت في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام والله أعلم

باب الرهن بوضع على يد العدل

قال (واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك لا يجوز) ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل بدل مالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانه عدم القبض ولنا أن يده على الصورة بدل مالك في الحفظ اذا عين أمانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن

أحد الوجوه في هذه المسئلة وجعلتها أن العبد اما أن يكون في أيديهما أولا في يد واحد أو في يد أحدهما فان كان في يد أحدهما فهو أولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشراء وقد تقدم الآن يقيم الأخر بينة أنه الأول فانه صريح في السابق وهو يفوق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب أولا وكلامه فيه واضح وان كان في أيديهما فان علم الأول منهما فهو أولى وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ما ذكر في القياس والاستحسان قال محمد في الاصل وبه أي بالقياس نأخذ وجهه ما ذكر في الكتاب انتهى أقول في تحرير المذكور نوع اختلال واضطراب فانه ذكر التفصيل في الشق الثالث بقوله فان علم الأول منهما الخ وترك هذا التفصيل في الشق الثاني وهو ما لم يكن في يد واحد منهما مع أن هذا التفصيل مما لا بد منه في ذلك الشق أيضا وأيضا ان أراد بمسئلة الكتاب في قوله وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب قول المصنف وان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة يلزم التنافي بينه وبين قوله فيما قبل وان لم يكن في يد أحدهما فهو المذكور في الكتاب أولا وان أراد به أقول المصنف ولو مات الراهن والعبد في أيديهما كما هو الظاهر لم يتم قوله بعده قال محمد في الاصل وبه أي بالقياس نأخذ فان محمدا انما يأخذ بالقياس في المسئلة الاولى لاني المسئلة الثانية فكان حق قوله المزبور أن يذكر متصلا ببيان المسئلة الاولى كما لا يخفى

باب الرهن بوضع على يد العدل

لما فرغ من الأحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر في هذا الباب الأحكام الراجعة الى نائبهما وهو العدل لما أن حكم النائب يقف وحكم الاصل ثم ان المراد بالعدل ههنا من رضى الراهن والمرتهن

وانما

باب الرهن بوضع على يد عدل

(قوله ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل) أقول الرضا ببيعه الرهن عند حلول الاجل ليس بلازم في العدل فالأولى أن يقال سواء رضيا ببيعه الرهن أم لا قال الانقاضي قال الحاكم الشهيد في الكافي وليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لأنه مأثور بالحفظ فحسب انتهى (قوله وهو وكيل الراهن ببيعه) أقول غير مسلم كليا

وقوله (لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع) يشير إلى دفع ما عسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان إنما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لأن العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب إنما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على أنه سؤال ساقط لأن الخصم ليس بقائل به فان قيل القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو ظاهر ولا حكمة لأن ذلك إما أن يكون من حيث أمره بذلك وذلك غير صحيح لأن الأمر إنما يصح إذا لاقى حقا لا أمرا وبعد الرهن لم يصير القبض حقا له حتى كان للراهن أن يمنع منه وأما أن يكون من حيث موافقة الراهن إياه في الوضع على يد العدل ولا تأثير لذلك لأنهما

(٢٢١)

لوانفق على قبض الراهن لم يتم فكذلك الواتفاق على قبض العدل فالجواب أنه قابض من حيث أمره العدل بالقبض وهو حق مستحق له بعقد الرهن وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لأنه فسخ للعقد والراهن ينفرد به لكونه غير لازم والقبض حقه مادام العقد باقيا وقوله (لا يتقدر أن يجعل القيمة) أي العدل لا يتقدر أن يفعل ذلك لما ذكره وقوله (ولو تعذر اجتماعهما يرفع) قال في النهاية أي يرفع العدل أحدهما إلى القاضي وفي بعض الشروح يرفع الأمر إلى القاضي أحدهما أما الراهن أو المرتهن وهو أظهر (ولو فعل ذلك) أي جعل القيمة في يد العدل رهنا ثم قضى الراهن الدين والحال أن العدل

وإنما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع قال (وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه منه) اتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وأمانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا علك أحدهما يبطل حق الآخر (فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن) لأن يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة (ولو دفع العدل إلى الراهن أو المرتهن ضمن) لأنه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وأحدهما أجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي (وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع إلى أحدهما وقد استهلك المدفوع إليه أو هلك في يده لا يقدر أن يجعل القيمة رهنا في يده) لأنه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف ولكن يتفقدان على أن يأخذهما منه ويجعلاهما رهنا عنده أو عند غيره ولو تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما إلى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمة سالمة له لو وصل المرهون إلى الراهن ووصل الدين إلى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد (وان كان ضمنهما بالدفع إلى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه)

بوضع الرهن في يده وزاد عليه صاحب النهاية والعناية قيمة أخرى حيث قالوا ورضيما يبيعه الرهن عند حلول الاجل أقول لعل هذه الزيادة منه ما بناء على ما هو الجاري بين الناس فيما هو الغالب والافرضاهما يبيعه الرهن عند حلول الاجل ليس باهر لازم في معنى العدل وعن هذا قال الحاكم الشهيد في السكافي ليس للعدل بيع الرهن مالم يسلط عليه لأنه أمور بالحفظ فحسب انتهى (قوله وإنما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع) قال صاحب العناية يشير إلى دفع ما عسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان إنما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لأن العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب إنما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على أنه سؤال ساقط لأن الخصم ليس بقائل به انتهى كلامه أقول هذه العلاقة التي زادها الشارح المذكور من عند نفسه ليست بشيء فان عدم قول الخصم بذلك لا يقتضي سقوط السؤال المتجه على أصلنا إذ لا يلزم أن يكون توجه السؤال من قبل الخصم وعن هذا تراهم يقولون ليس للسائل مذهب ولو سلم ذلك فللخصم أن يورد السؤال المذكور علينا بطريق الإلزام بما هو مسلم عندنا لا بطريق التحقيق بما هو مقرر عنده فالجواب الحق عنه ما أشار إليه المصنف لا غير (قوله ولو فعل ذلك) قال في النهاية والعناية أي جعل القيمة في يد العدل رهنا وقال بعض الفضلاء فيه بحث بل المراد إذا جعلت القيمة رهنا برأيها أو برأي القاضي عند العدل

ضمن القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمة سالمة أي للعدل لأن كل ذي حق وصل إلى حقه الراهن إلى الرهن والمرتهن إلى الدين فلو أخذها أحدهما اجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد فان القيمة بدل الرهن من حيث العين في حق الراهن وبده من حيث المالية في حق المرتهن وان كان ضمنهما بالدفع إلى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه

(قوله على أنه سؤال ساقط لأن الخصم ليس بقائل به) أقول فيه بحث (قوله قال في النهاية أي يرفع العدل أحدهما إلى القاضي إلى قوله وهو الاظهر) أقول قال الاتقاني وذلك ليس بشيء لأن العدل هو الضامن للقيمة فبعيد أن يرفع الضامن لمطالبة نفسه الخصم إلى القاضي انتهى وفيه بحث (قوله ولو فعل ذلك أي جعل القيمة في يد العدل رهنا) أقول وفيه بحث بل المراد إذا جعلت القيمة رهنا برأيها أو برأي القاضي عند العدل الاول أو عند غيره كما ذكر العلامة الزيلعي

لان العين لو كان قائما في يده أخذه اذا أدى الدين فكذا ما يقوم مقامه ولا جع فيه بين البذل والمبدل وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن ينظر ان كان العدل دفعه على وجه العارية أو الودعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان استهلك يرجع عليه لان العدل باء الضمان ملكه وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه فان هلك في يده لم يضمن وان استهلك المرتهن أو هلك عنده لانه دفع اليه على وجه رهنا بأن قال هـ هذا رهنا خذ بحقك واجبه بدينك يرجع العدل عليه بقيته استهلك المرتهن أو هلك عنده لانه دفع اليه على وجه الضمان وقوله (واذا وكل الراهن المرتهن) كلامه واضح وقوله (فليس للراهن أن يعزل الوكيل) يعني بدون رضا المرتهن وقوله (ألا ترى أنه) أي أن عقد الوكالة (لزيادة الوثيقة فيلزم يلزم أصله) أي عقد الرهن وقوله (لانه)

أي عقد الوكالة لازم بأصله فكذا بوصفه) وهو الاطلاق لما ذكرنا أنه صار حقا من حقوقه وقوله (لان العقد) أي عقد الرهن (لا يبطل بموتهما ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه) التي هي الحبس والاستيفاء والوكالة (وأوصافه) التي هي لزوم وجوب الوكيل وحقوق بيع ولد الرهن وحقوق صرف الدراهم بالدنانير كذا في النهاية وقوله (واذا مات الوكيل انتقضت الوكالة) يعني والرهن باق كما كان لان الرهن لو كان في يد المرتهن فمات لم يبطل العقد به فلا أن لا يبطل بموت العدل أولى وقوله (والاثر يجري فيما له) أي لا فيما عليه ألا ترى أن الميت اذا كان عليه دين لا يجب على ورثة الميت قضاؤه وان كان له دين على غيره وورثه وقوله (أجبر على بيعه) يعني بحبس أي ما حثي بيعه فان لم يجد ما حبه أي ما ذكر في الزيادات أن القاضي يبيع عليه وهو على قولهما ظاهر وأما على قول أي خيفة

لان العين لو كانت قائمة في يده مأخذا اذا أدى الدين فكذلك بأخذ ما قام مقامها ولا جع فيه بين البذل والمبدل قال (واذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيره ما يبيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة) لانه لو كبل ببيع ماله (وان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل وان عزله لم يعزل) لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة فيلزم يلزم أصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل انقضاء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي (ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والتسليم ثم نهى عن البيع نسيئة لم يعمل فيه) لانه لازم بأصله فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا يعزل لانه لو كاه وانما وكله غيره (وان مات الراهن لم يعزل) لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال (ولو كبل أن يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته) لان العقد لا يبطل بموته ما ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه وأوصافه (وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه) لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضى برأيه لا برأى غيره وعن أبي يوسف ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمه فيما له الوصي كالمضارب اذا مات به ما صار رأس المال أعبانا يملك وصي المضارب بيعها لما أنه لازم بعد ما صار أعبانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب (وليس للمرتهن أن يبيعه الارض الراهن) لانه ملكه وما رضى يبيعه (وليس للراهن أن يبيعه الارض المرتهن) لان المرتهن أحق بمالكته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال (فان حل الاجل وأبى الوكيل الذي في يده الرهن أن يبيعه والراهن غائب أجبر على بيعه) لما ذكرنا من الوجهين في لزومه (وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فأبى أن يخاصم أجبر على الخصومة) الوجه الثاني وهو أن فيه انواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتولى حقه أما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قبل لا يجبر اعتبارا بالوجه الأول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا أصح وعن أبي يوسف رحمه الله أن الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل (واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثلث قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد) اقيامه مقام ما كان مقبوضا

الاول أو عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعي انتهى أقول ان كان وجهه بحقه عدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا برأيه ما أي رأى الراهن والمرتهن مع أن الحكم فيه أيضا

فان لم يجد ما حبه أي ما ذكر في الزيادات أن القاضي يبيع عليه وهو على قولهما ظاهر وأما على قول أي خيفة رضي الله عنه فقد اختلف المشايخ رجعهم الله فيه قال بعضهم لا يبيع قياسا على مال المدين وقال آخرون يبيعه لانه جهة البيع تعينت وقوله (لما ذكرنا من الوجهين) أحدهما أنه وصف من أوصافه والآخر أن فيه انواء حقه وقوله (فيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الاول) ذكر في المبسوط أنه ظاهر الرواية وقوله (ان الجواب في الفصلين) أي فيما كان مشروطا في الرهن وفيما لا يكون كذلك (واحد) أي يجبر فيهما (ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير) حيث قال فيه اذا أتى الوكيل بجبر من غير فصل بين أن يكون مشروطا في العقد أو لم يكن وكذلك ذكر في الاصل مطلقا وقوله (فقد خرج من الرهن) لانه صار ملكا للشئى ومملكه لا يكون رهنا

(وإذا توى كان مال المرتهن) بنصب مال على ما صح صاحب النهاية وفي بعض النسخ من مال المرتهن وقوله (وغرم القاتل قيمته) يعني تكون القيمة رهنا مقام العبد المقتول لأن المالك وهو المولى يستحقه أي هذا الضمان من حيث المالية وإن كان مقابلا بالدم حتى لا يزداد على دية الحر (فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق) وهو المولى فيبقى عقد الرهن وقوله (وليس له أن يضمن غيره) أي ليس للعدل أن يضمن المرتهن غير الثمن الذي أعطاه وكلامه مكشوف بكشفه وإيضاحه شكر الله سبحانه وسوى ألفاظ (٢٢٣) وضمائر فوضها زيادة إيضاح

فوقله (وصح الاقتضاء) أي صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه وقوله (وإن ضمن البائع) أي العدل وقوله (فلأيرجع المرتهن عليه) أي على الراهن بشئ وقوله (فإذا تبين أنه ملكه) أي ملك العدل وقوله (لم يكن راضيا به) أي بأداء الثمن إلى المرتهن وقوله (فله) أي للعدل وقوله (بطل الاقتضاء) أي بطل قبض المرتهن وقوله (إنما أداءه) أي إنما أدى المشتري الثمن إلى العدل ليس للمشتري المبيع ولم يسلم وقوله (يرجع على الراهن بالقيمة) أي بالثمن وقوله (لأن المقبوض سلم له) أي لأن الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن وقوله (وإن شاء على المرتهن) أي وإن شاء العدل يرجع على المرتهن بالثمن الذي أداء إليه وقوله (فيرجع به) أي فيرجع المرتهن بحقه الذي هو دينه على الراهن وقوله (لا يرجع به على المقتضى) أي على القابض وقوله (فيكون البيع لحقه) فإذا وقع البيع لحقه وسلم له جاز أن يلزمه

وإذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك إذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لأن المالك يستحقه من حيث المالية وإن كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فيبقى عقد الرهن وكذلك لو قتل العبد فدفعت به لانه قائم مقام الأول لما ودما قال (وإن باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار أن شاء ضمن الراهن قيمته وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذي أعطاه وليس له أن يضمنه غيره) وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق إما أن يكون هالكا أو قائما في الوجه الأول المستحق بالخيار أن شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه وإن شاء ضمن العدل لانه متعدي في حقه بالمبيع والتسليم فإن ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه وإن ضمن البائع نفذ البيع أيضا لانه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه باع ملك نفسه وإذا ضمن العدل فالعدل بالخيار أن شاء يرجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشئ من دينه وإن شاء يرجع على المرتهن بالثمن لانه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد بأداء الضمان ونفذ به عليه فصار الثمن له وإنما أداءه إليه على حساب أنه ملك الراهن فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضيا به فله أن يرجع به عليه وإذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو أن يكون قائما في يد المشتري فله مستحق أن يأخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتمت له به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالمبيع وإنما أداءه ليس له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار أن شاء يرجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي أدخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن لأن المقبوض سلم له وإن شاء يرجع على المرتهن لانه إذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نفض قبضه ضرورة وإذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو أن المشتري سلم الثمن إلى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فالحق للعدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضى بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه يتعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكر الكرخي وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال (وإن مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار أن شاء ضمن الراهن وإن شاء ضمن المرتهن) لأن كل واحد منهما

كذلك فهو ممنوع لانه إنما لا يتحقق العموم لذلك بل يختص بما جعلت القيمة رهنا برأى القاضي لو كان لفظ جعل في عبارة النهاية والعناية والفظ فعل في عبارة الكتاب مبنيًا للفاعل وكان الضمير المستتر فيه

الضمان وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع أي الوكيل الذي لم تكن وكالته مشروطة في العقد حيث فرق بين الوكيل المشروطة في العقد وبين الوكيل التي بعد العقد فقال في الوكيل الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهد على الراهن (قال المصنف ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان العدل بالخيار إلى قوله وليس له أن يضمن غيره) أقول والظاهر أن يكون للمستحق خيار تضمين المشتري أيضا لانه متعدي بالأخذ والتسليم لم يكن لم يذكروا

لا على المرتهن لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن (وقوله منع في حقه بالتسليم أو بالقبض) يعني الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض فكان كالتعاصب وتعاصب الغاصب وقوله (فلانه انتقض اقتضائه) أي قبضه لان الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون بهلاكه مستوفيا وقوله (طعن أبي حازم) يعني هذا السؤال طعن به أبو حازم بالخاء المعجمة على محمد بن الحسن رحمه الله وأبو حازم هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي ببغداد وقوله (والغرور بالتسليم كاذكرناه) يعني بقوله لان كل واحد منهما ممتنع في حقه بالتسليم وقوله (أو بالانتقال من المرتهن اليه) أي الى الراهن (كانه وكيل عنه) أي كان المرتهن وكيل عن الراهن من حيث انتقال الملك منه اليه كانتقال الملك من الوكيل الى الموكل (والملك بكل ذلك) أي بكل واحد من التسليم والانتقال (متأخر عن عقد الرهن) أما بالتسليم فظاهر لان التسليم كان بعد العقد فتبين أنه رهن غير ملكه وأما بالانتقال فسلان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن ملك المضمون ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل اليه فملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لانه صار غاصبا في ملك الرهن (٢٢٤) بعد ذلك من جهة فيكون ملك الرهن متأخرا عن عقد الرهن فكانه رهن غير ملكه ولا يشك

إذا استحق رأس مال المضاربة وضمنه المضارب فانه يرجع على رب المال والمضاربة نافذة وان كان الملك متأخرا عن عقد المضاربة لما ذكرتم أن الرجوع بالغرور والغرور بالتسليم أو بالانتقال من المرتهن اليه وكل ذلك متأخر عن العقد لان المضاربة عقد غير لازم وكل ما هو كذلك فلمدوامه حكم الابتداء وقد تقدم فصار كأنه أنشأ العقد بعد الرجوع فينتقد بخلاف الرهن فانه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء وقوله (بخلاف الوجه الاول) يعني ما اذا ضمن المستحق الراهن لان المستحق يضمنه باعتبار

متعد في حقه بالتسليم أو بالقبض (فان ضمن الراهن فقد مات بالدين) لانه ملكه باداء الضمان فصح الابقاء (وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه) أما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن وأما بالدين فلانه انتقض اقتضائه فبعدم حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن يرجع على المرتهن عليه والملك في المضمون ينبت لمن عليه قرار الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن أبي حازم القاضي والجواب عنه أنه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كاذكرناه أو بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل عنه والملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين أنه رهن ملك نفسه وقد طوينا الكلام في كفاية المنتهى

باب التصرف في الرهن والجنابة عليه وجنابته على غيره

قال (واذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف)

راجع الى القاضي وأما اذا كان مبنيا للانهول وكان لفظ القيمة في عبارة النهاية والعناية قائما مقام الفاعل فيتحمل العموم للصورتين معا كما لا يخفى على الفطن وان كان وجه بحثه عدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا في يد غير العدل الاول فأمره هين فانه لما كان عدم التفاوت بين أن جعلت القيمة بعد الضمان رهنا في يد العدل الاول وبين أن جعلت رهنا في يد غيره ظاهرا اكتفى بذلك الاول رومالاختصار

باب التصرف في الرهن والجنابة عليه وجنابته على غيره

لما كان التصرف في الرهن والجنابة عليه وجنابته على غيره متأخرا طبعاً عن كونه رهنا آخره وضعاً ليوافق الوضع الطبع (قوله واذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف) اختلفت عبارة

القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه وتبين أنه رهن ملك نفسه وقوله (وقد طوينا الكلام فيه في كفاية المتعلق المنتهى) قيل مراده مسألة المضاربة والفرق بينهما وبين مسألة الرهن وقيل يحتمل أن يكون مألواً كان الرهن عيناً فابقى ضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة وبالدين ثم ظهر العبد فانه للراهن لقرار الضمان عليه ولا يكون رهنا لانه لما استحق بطل الرهن لما قلنا ان الملك يقع للراهن فيه من وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقاً على ذلك

باب التصرف في الرهن والجنابة عليه وجنابته على غيره

التصرف في الرهن والجنابة عليه وجنابته على غيره انما تكون بعد كونه رهناً فلو كان متأخراً طبعاً آخره وضعاً قال (واذا باع الراهن الرهن الخ) اذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم يأذن أو لم يعلم به فقد اختلفت عبارة محمد رحمه الله فيه في موضع قال بيع المرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح أنه جائز موقوف

(قوله لأن المضاربة عقد غير لازم) أقول تعليل لقوله ولا يشك اذا استحق رأس مال المضاربة

وقوله فاسد محمول على ما لم يجز فان القاضى يفسده اذا خوصم اليه فيه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا
 آجازه وسلمه ذلك لان من تصرف في مال له تعلق به حق الغير جاز موقوفاً كمن أوصى بجميع ماله تنقّف على اجازة الورثة فيما زاد على
 الثلث فان آجازه المرتهن تم العقد لزوال المانع باسقاط حقه راضياً وكذا الوقضاه الراهن دينه فان آجازه ينتقل حقه الى بدله لما ذكر في
 الكتاب وقوله (هو الصحيح) احتراز عما روى عن أبي يوسف (٢٢٥) رحمه الله أنه ان شرط عند

الاجازة أن يكون الثمن
 رهنا كان رهنا والا فلا
 لان الراهن ملك الثمن
 بنفوذ البيع باجازة المرتهن
 بسبب جديد فلا يصير
 رهنا من غير شرط وان
 فسخه ففي الانفساخ
 روايتان كما ذكره في الكتاب
 وقوله (وولاية الفسخ
 الى القاضى لا اليه) أى
 لا الى المرتهن لان هذا
 الفسخ لقطع المنازعة وهو
 الى القاضى وقوله (لما
 ذكرنا) يعنى لفوات
 القدرة على التسليم قوله
 (ولو باعه الراهن الخ) يعنى
 لو باع الراهن الرهن ولم
 يجزه المرتهن ثم باعه بيعاً
 ثانياً فالثاني موقوف كالاول
 لان الموقوف لا يمنع عن
 التوقف فلو آجازه المرتهن
 البيع الثاني جاز الثاني
 كالاول ولو آجازه الاول جاز
 الاول وهذا لان حق
 المرتهن يتعلق بالثمن
 ألا ترى أنه قد يرهن لبيع
 فأيهما آجازه المرتهن وسلمه
 اليه تنقذوا يأخذ الثمن
 ويكون رهنا عنده وانما
 خص اجازة البيع الثاني

لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن
 أوصى بجميع ماله تنقّف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به (فان آجازه المرتهن
 جاز) لان التوقف لحقه وقد رضى بسقوطه (وان قضاه الراهن دينه جازاً أيضاً) لانه زال المانع
 من النفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل (واذا نفذ البيع باجازة المرتهن
 ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح) لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون
 المأذون اذا بيع رضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأساً فكذا
 هذا (وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افترق الراهن الرهن لا سبيل للمشتري
 عليه) لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له أن يجيز وله أن يفسخ (وفي أصح الروايتين
 لا يفسخ بفسخه) لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل
 بانعقاده هذا العقد فبقى موقوفاً فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف
 الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضى والقاضى أن يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ
 الى القاضى لا اليه وصار كما اذا أبق العبد المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك
 هذا (ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعاً ثانياً من غيره قبل أن يجيزه المرتهن فالثاني
 موقوف أيضاً على اجازته) لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو آجازه المرتهن البيع
 الثاني جاز الثاني (ولو باع الراهن ثم اجر أو وهب أو رهن من غيره وأجازه المرتهن هذه العقود جاز البيع
 الاول)

محمد فيه في موضع قال بيع المرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح انه جائز موقوف وقوله فاسد
 محمول على ما لم يجز فان القاضى يفسده اذا خوصم اليه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على
 ما اذا آجازه وسلمه كذا في العناية وغيرهما من الشروح قال بعض الفضلاء ويجوز أن يقال قوله فاسد
 محمول على المبالغة في التشبيه فانه كالفاسد في عدم ترتب الحكم في الفعل أو أنه مجاز على سبيل المشارفة فانه
 على شرف أن يفسد اذا لم يجزه انتهى أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن هذين التأويلين ليسا بمتأويل
 فقهي بل هما من قبيل التأويل اللغوي الذي فيه نوع الغارو تهمية فلا يناسب أصحاب هذا الفن سيما في
 موضع الكشف والبيان (قوله لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان
 الراهن يتصرف في ملكه) أقول في تمام هذا القدر من التعليل نظره انه ينتقض بما اذا أعتق الراهن
 عبداً الرهن فانه ينتقضه كما سيأتي في الكتاب مع جريان هذا التعليل هناك أيضاً فالوجه
 في التعليل ههنا أن يقال لانعدام القدرة على التسليم تعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على
 اجازته ألا ترى أن المصنف انما فصل بين هذه المسئلة ومسئلة الاعتاق لانعدام القدرة على التسليم
 حيث قال في آخر تعليل المسئلة الاعتاق من قبل أصحابنا وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام

(٢٩ - تكملة ثامن) لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة فانه باجازتها
 يصح العقد الاول وهو البيع ولم تصح هي وباجازة البيع الثاني لا يصح البيع الاول وان كان سابقاً ويصح هو

(قوله وقوله فاسد محمول على ما لم يجز) أقول ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه فانه كالفاسد في عدم ترتب الحكم
 في الفعل أو أنه مجاز على سبيل المشارفة فانه على شرف أن يفسد اذا لم يجزه وقوله جائز محمول على أنه ليس بفاسد ولا باطل في
 الحال

والفرق ما ذكره في الكتاب والاصل في ذلك أن من تعلق حقه بشئ وتبدل بإجازته إلى غيره فإن كان البدل عما تعلق به حقه تعلق به حقه وإن كان عن غيره لم يتعلق فعلى هذا إذا باع الراهن الرهن ثانياً وأجازته المرتهن كان الثمن رهناً عنده فكان إذا حظ من العقد الثاني لتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه وإذا أجزبه البيع أو رهن وسلم أو وهب وسلم وأجاز هذه العقود جاز البيع الأول وسماه أولاً لوقوعه قبلها لأن هذه العقود بعضها لا بدل فيه كافي الهبة والرهن وبعضها وإن كان فيه بدل لكن ليس عما تعلق به حقه كافي الإجازة فإنه فيما بدل عن المنفعة وحقه في مالية العين دون المنفعة وإذا لم يكن له منها حظ لم يصح تعيينه وكانت إجازته إسقاطاً لحقه فنفذ البيع الأول وسكت المصنف رحمه الله عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة اعتماداً على كونه معلوماً قال (ولو أعتق الراهن عبداً الرهن نفذ عتقه الخ) إذا أعتق الراهن عبده المرهون نفذ عتقه موسراً كان أو معسراً ولا شافعي رحمه الله أقوال شمول النفوذ وعدمه والفصل بين الموسر والمعسر قال في المعسر في تنفيذه إبطال حق المرتهن - من فلا يجوز كالبيع بل أولى لأنه أسرع نفوذاً من العتق حيث جاز من المكاتب (٢٢٦) دون العتق ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه وكل من فعل

والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لأنه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائده به أما لاحق له في هذه العقود لأنه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الإجازة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت إجازته إسقاطاً لحقه فزال المانع فنفذ البيع الأول فوضح الفرق قال (ولو أعتق الراهن عبداً الرهن نفذ عتقه) وفي بعض أقوال الشافعي لا ينفذ إذا كان المعتق معسراً لأن في تنفيذه إبطال حق المرتهن فأشبهه البيع بخلاف ما إذا كان موسراً حيث ينفذ على بعض أقواله لأنه لا يبطل حقه معنى بالتضمن وبخلاف اعتناق المستأجر لأن الإجازة تبقى مدتها إذا أجزبه قبلها أما لا يقبل الرهن فلا يبقى وإنما أنه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن - من كما إذا أعتق العبد المشتري قبل القبض أو أعتق الابق أو الموصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام مقتضى وعارض الرهن لا يني عن زواله ثم إذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه بزول ملك المرتهن - من في البدن بناء عليه كاعتناق العبد المشتري بل أولى لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الأعلى لا يمنع الأدنى بالطريق الأولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتناق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة

القدرة على التسليم تدبر (قوله وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم) لأن بد المرتهن مانعة عن التسليم والبيع كما يقتصر إلى الملك يقتصر إلى القدرة على التسليم ولهذا لا ينفذ بيع الابق والمستأجر والاعتناق لا يقتصر إليهم إبدليل نفاذ اعتناق الابق كذا في الكافي وغيره واعتراض عليه صاحب التسهيل حيث قال أقول هذا يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف وبينهما فرق إذا فاسد ملك بالقبض دون الموقوف ألا يرى أن المبيع بالبيع النضولي لا يملك بالقبض وهو موقوف لا فاسد انتهى أقول هذا الاعتراض ظاهر السقوط لأنه انما يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف أن لو انتفى القدرة على تسليمه بالكلية والمنتفى في بيع الرهن انما هو القدرة على تسليمه بدون إجازة المرتهن أو قضاء

ذلك صح كما إذا أعتق العبد المشتري قبل القبض أو الابق أو الموصوب فإنها تشترك المرهون في فوات يد المالك وفي انتفاء القدرة على التسليم إن باع فكان المقتضى منحصراً والمانع منتفياً فثبت الحكم أما تحقق المقتضى فلا أنه تصرف صدر عن أهله ولا نزاع فيه مضاف إلى محله لأنه لا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام مقتضيه وهو السبب الموجب لتمامه قبل الرهن وأما انتفاء المانع فلا أن عارض النهي لا يني عن زواله لأن موجب عقد الرهن إما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن كما هو عندنا أو هو حق البيع كما هو مذهب الخصم على

ما تقدم وشئ من ذلك لا يزيل ملك العين فيبقى العين على ما كان على ملك الراهن وإذا كان باقياً على ملكه وقد أزاله بالاعتناق صح وبزول ملك المرتهن في البدن بناء عليه كما إذا أعتق أحد الشر يكتن نصيبه لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الأعلى وهو حقيقة الملك للشر يكتن عن صحة العتق فلا أن لا يمنع الأدنى وهو بد المرتهن أولى فإن قبل ليس المانع منحصراً فيما يزيل الملك بل مجرد تعلق الحق مانع ولهذا مانع النفاذ في البيع والهبة أجاب بقوله وامتناع النفاذ ومعناه أن حق المرتهن انما يصلح مانعاً في البيع والهبة لانعدامه قدرة العاقد على التسليم المشروط بصحة العقدين وليس ذلك بوجود في الاعتناق فلا يصلح مانعاً وقوله (واعتاق الوارث) جواب عما عسك به الشافعي رحمه الله في بعض المواضع وادعى أن اعتناقه لغو وموردته مريض أوصى برقبة عبده لشخص ولا مال له غيره ثم مات وأعتق الوارث العبد لم ينفذ الحق الموصى له فكذا يجب أن يكون في الرهن ووجهه أن ذلك لا يلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة رحمه الله وأما عندهما فلا إشكال لأنه يعتق في الحال

(قوله أجاب بقوله وامتناع النفاذ إلى قوله وليس ذلك بوجود في الاعتناق فلا يصلح مانعاً) أقول وأيضاً الاعتناق لا يقبل الرد والفسخ فكذا التوقف بخلافه ما فليتأمل

وقوله (واذا نفذ الاعتراف) راجع الى أول الكلام يعني فاذا ثبت تحقق المقضي وانتفاء المانع نفذ الاعتراف واذا نفذ الاعتراف بطل الرهن لفوات محله وما بعده ظاهر وقوله (الا اذا كان بخلاف جنس حقه) يعني الا اذا كان الحاصل من

(٢٢٧)

السعاية بخلاف جنس حق المرتهن فانه لا يقضى به دينه بل يبدل به جنس حقه ويقضى به دينه وقوله (لانه لما تذر الوصول) دليل وجوب السعاية على العبد وقوله (تذكره) يعني في هذا الباب في مسألة استبدال الامنة المرهونة وقوله (وعندهما التكميل) يعني وان عتق عندهما الكف في عتقه نقصان لكونه مطلوباً بالسعاية فاذا اداها كل العتق وقوله (الارواية عن أبي يوسف رحمه الله) فان المبيع محبوس في يد البائع كالرهن في يد المرتهن وقوله (والمرتهن ينقلب حقه ملكاً) يعني ان الرهن اذا ملك في يده كان مالكا من حيث المالك وبقي كلامه واضح قال (ولو دبره الراهن صح تدبيره الخ) الراهن اذا دبر الرهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا فانما يظهر لانه بوجه حق العتق وحقيقته لم تمنع حقه أولى وأما عنده أي عند الشافعي رحمه الله فلا تملكه لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن وقوله (واذا صحا) يعني التدبير والاستبدال (خارجاً) أي المدبر وأم الولد يعني عندنا

واذا نفذ الاعتراف بطل الرهن لفوات محله (ثم) بعد ذلك (ان كان الراهن موسراً والدين حالاً طولب بأداء الدين) لانه لو طولب بأداء القيمة تقع المماصة بقدر الدين فلا فائدة فيه (وان كان الدين مؤجلاً أخذت منه قيمة العبد وجعلت رهناً مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل (وان كان معسراً سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه) لانه لما تذر الوصول الى عين حقه من جهة المعنى يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضي الله عنه وتأويله اذا كانت القيمة أقل من الدين أما اذا كان الدين أقل نذكره ان شاء الله تعالى (ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا أيسر) لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتراف لانه يؤدي ضماناً عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما التكميل وهذا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعترافه فصار كغير الرهن ثم أبو حنيفة أوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان النابت للرهن حق الملك وأنه أدنى من حقيقته الثابتة للتبريك الساكت فوجب السعاية هنا في حالة واحدة اظهرها النقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا عتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الارواية عن أبي يوسف والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس أضعف لان البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاغارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكاً ولا يبطل حقه بالاغارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو أوجبنا السعاية فيهما السواءين الحقين وذلك لا يجوز (ولو أقر المولى برهن عبده) بأن قال (له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه فوجب السعاية) عندنا خلافاً للزفر هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول أقر بتعلق الحق في حال ملك التمليق فيه لقيام ملكه فصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية قال (ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق) اما عندنا فظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على أصله (ولو كانت أمة فاستولدها الراهن صح الاستبدال بالاتفاق) لانه يصح بأدنى الحقين وهو مال الأب في جارية الابن فصح بالأعلى (واذا صحا من الرهن) لبطلان المحلية اذا أصبح استيفاء الدين منهما (فان كان الراهن موسراً ضمن قيمتهما) على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتراف (وان كان معسراً استسعى المرتهن المدبر وأم الولد في جميع الدين) لان كسبهما مال المولى بخلاف المعنى حيث يسعى في الأقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما أدبا من مال المولى والمعتق يرجع لانه أدى ملكه عنه وهو مضطر على مامر وقيل الدين اذا كان مؤجلاً يسعى المدبر في قيمته فمنا لانه عوض الرهن حتى تجبس مكانه فيقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالاً لانه يقضى به الدين ولو أعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه أداه من مال المولى قال (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد

الراهن دينه لا القدرة على تسليمه أصلاً فيوقف على اجازة المرتهن أو قضاء الراهن دينه اذا واحد منهما تحصل القدرة على التسليم فينفذ البيع كما في البيع الفضولي (قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) قال صاحب النهاية هو معطوف على قوله فان كان موسراً ضمن قيمتهما واقتنى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية أقول شرح هذا المقام بهذا الوجه خروج عن سنن الصواب لان قوله وكذلك

وأما عنده فان المدبر لا يخرج منه لقبوله حكم الرهن كما مر آنفاً وكلامه واضح وقوله (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) معطوف على قوله فان كان موسراً ضمن قيمتهما

وقوله والواجب على هذا المستهلك يعني الاجنبي وقوله بذلك احترازاً عن استهلاك المرتهن فانه يجب عليه قيمته يوم قبض لا يوم هلك كما سيجي وقوله (كانها هلكت بأفة سماوية) يعني تكون الزيادة مضمونة على المرتهن وقوله (والمعتبر في ضمان الرهن) تعليل ذلك قبل عليه النقصان انما هو بتراجع السعر وانه لا يسقط من الدين شيئاً وأجيب بان العين قد تغيرت فكانت بمثابة لو كانت باقية ترجع الى ما كانت عليه فبالهلاك فانت تلك (٣٣٨) الصلاحية وقد ثبت في ابتداء القبض ضمان تلك القيمة فسقط قدر النقصان من العين

عند القتل بخلاف ما اذا لم تغير العين وقد تراجع السعر لان العين التي قبضها بحالها من غير تفاوت فلا يسقط شيء من الدين وقوله (وان نقصت عن الدين بتراجع السعر) اشارة الى هذا السؤال والجواب وقوله (واذا أعاد المرتهن الرهن للراهن) فيه تسامح لان الاعارة تملك المنافع بغير عوض والمرتهن لا يملكها فكيف يملكها غيره ولكن لما عومل معاملة الاعارة من عدم الضمان وتمكن استرداد المعبر أطلق الاعارة وقوله (لنفاقة بين يد العارية ويد الرهن) لان قبض الرهن يوجب الضمان وقبض العارية لا يوجب وفي ايجاب الضمان على المرتهن بعد الاعارة يلزم الجمع بينهما وهو متنع وذلك لان الضمان واجب اذا كان بيد الراهن بعد الاعارة بيد المرتهن وبه اذ كان بيد طرية وفي ذلك جمع بينهما لاحالة فاعتبر ما يد الراهن يد المرتهن لزوم عقد الرهن (قال المصنف فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع

المرتهن اقيامه مقام العين) فان استهلكه أجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فبأخذ القيمة وتكون رهناً في يده) لانه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذلك في استرداده مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن ألفاً غرم خمسمائة وكانت رهناً وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كأنها هلكت بأفة سماوية والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا أنه يتقرر عند الهلاك (ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة) لانه ألتف ملك الغير (وكانت رهناً في يده حتى يحل الدين) لان الضمان بدل العين فأخذ حكمه (واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه) لانه جنس حقه (ثم ان كان فيه فضل يرد على الراهن) لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن (وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفاً ووجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة) لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم ألتف قال (واذا أعاد المرتهن الرهن للراهن لخدمته أو ليعمل له عملاً فقبضه خرج من ضمان المرتهن) لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن (فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء) لفوات القبض المضمون (وللمرتهن أن يسرده الى يده) لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال ألا ترى أنه لو هلك الراهن قبل أن يرد على المرتهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد لو استهلك الراهن الرهن لفظ القدوري في مختصره وهو مذكور في البداية أيضاً وقوله فان كان موسراً ضمن قيمته ما ليس بلفظ القدوري في مختصره وليس بمذكور في البداية أصلاً بل هو من المسائل التي ذكرها المصنف في الهداية تفريعاً على مسألة مختصرة القدوري وهي من قوله ولو أقر المولى برهن عبده الى هنا فكيف يصح جعل لفظ أحد الشيخين في أحد الكتابين معطوفاً على لفظ شيخ آخر في كتابه آخر وكيف يمكن عطف عبارة المتن وهو البداية على عبارة الشرح وهو الهداية مع تقدم تحقق عبارة المتن على تحقق عبارة الشرح فالصواب أن يجعل قوله المذكور معطوفاً على قوله فيما مر فان كان الدين حالاً طول بأداء الدين وان كان مؤجلاً أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهناً مكانه حتى يحل الدين لانه أيضاً لفظ القدوري في مختصره ومذكور في البداية أيضاً فيتم ويحسن عطف أحدهما على الآخر وترتيب عبارة مختصرة القدوري والبداية هكذا فان أعتق الراهن عبداً الرهن نفقته عتقه فان كان الدين حالاً طول بأداء الدين وان كان مؤجلاً أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهناً مكانه حتى يحل الدين وان كان الراهن معسراً سعى العبد في قيمته وقضى الدين وكذلك لو استهلك الراهن الرهن انتهى فتأمل في هذا الترتيب تكن الحاكم القبيص (قوله وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفاً ووجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة) لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم ألتف قال الزيلعي بعد أن ذكر هذا

السعر أقول هذا مشكل لان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضموناً عليه ولا معتبراً فكيف يسقط من الدين خمسمائة الرهن سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب أن لا يسقط بمقابلته شيء من الدين كذا في شرح الزيلعي ومن تأمل حق التأمل في كلام المصنف لعلة يلوح له انتفاع هذا الاشكال

وأزنا الضمان افوات القبض الموجب له وهو محسوس لا يرد وبل وازانف كالك الرهن عن كونه مضمونا في الجملة كافي ولد الرهن وكلامه واضح في غاية التحقيق شكر الله سعيه وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لنا فافين يد العارية ويد الرهن وقوله (وهذا) أي ما ذكرنا من اعارة أحدهما باذن الآخر أجنبيا (بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي) وجملة هذه التصرفات ستة العارية والوديعة والرهن والاجارة والبيع والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن أو المرتهن اذا هلك حالة الاستعمال أو أجنبيا ولا يرفع عقد الرهن وحكم الوديعة بحكم العارية والرهن (٢٢٩) يبطل عقد الرهن وأما الاجارة

فالمستأجر ان كان هو الراهن فهي باطلة وكانت عارية مالو أعار منه أو أودعه فله أن يسترده وان كان هو المرتهن وجسد القبض للاجارة أو أجنبيا بمباشرة أحدهما العقد باذن الآخر بطل الرهن والاجارة للراهن وولاية القبض للعاقدة ولا يعود رهنها الا بالاستئانف وأما البيع والهبة فان العقد يبطل بهما اذا كانا من المرتهن أو أجنبي بمباشرة أحدهما باذن الآخر وأما من الراهن فلا يتصور (وقوله لما بينا) يعني في صورة العارية ثم لو اختلفا في وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبينة للراهن قال (ومن استعار من غيره ثوبا الخ) ومن استعار ثوبا بالبرهنة فالعير اما أن يطلق في ذلك أو يقيد بشئ فان كان الاول فخارهنه المستعير به من قليل وكثير جائز عملا بالاطلاق وكان ذلك تبرعا من المعير باثبات ملك اليد فيعتبر باثبات ملك العين

الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقي عقد الرهن فاذا أخذ عا الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته (وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان) لما قلنا (ولكل واحد منهما أن يرد رهنه كما كان) لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي اذا باشرها أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعد مقدمتها (ولومات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن أسوة للغرماء) لانه تعلق بالرهن حتى لازم به هذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن أما بالعارية لم تعلق به حتى لازم فافترقا (واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ في العمل هلك على ضمان الراهن) لبقاء يد الرهن (وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل) لارتفاع يد العارية (ولو هلك في حالة العمل هلك بغرض ضمان) لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتهى الضمان (وكذا اذا أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال) لما بيناه (ومن استعار من غيره ثوبا بالبرهنة فخارهنه به من قليل أو كثير فهو جائز) لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين

بعينه في شرح الكنز كذا ذكره صاحب الهداية وغيره وهذا مشكل فان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب أن لا يسقط بمقابلته شئ من الدين انتهى أقول ليس استسكاله بشئ فانه يضمحل بقول صاحب الهداية وغيره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر اذا لاشك أن القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء بالهلاك ينقرر الضمان ولما كان المعبر بقيمته يوم القبض ألفا ثم انتقصت منها خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لا محالة مقدار تمام الالف خمسمائة منه بالتلاف وخمسمائة منه بقبضه السابق حيث كانت قيمته يوم القبض ألفا تاما ولا تأثير في سقوط شئ منه لتراجع السعر أصلا وهذا مع ظهوره من عبارة الهداية وغيرها كيف خفي على مثل ذلك الفاضل (قوله وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا) بشيرة قوله لما قلنا الى قوله لنا فافين يد العارية ويد الرهن قال بعض الفضلاء فيه أنه اذا وضع في يد العدل لا يسقط الضمان مع المناقاة بين يدي الأيداع والرهن أقول الفرق بين الاجارة وبين الوضع في يد العدل مذكور في شرح تاج الشريعة وفي الكفاية مفصلا مستوفي فكانه لم يرهما فن شاء فليراجعهما (قوله وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي اذا باشرها أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعد مقدمتها) قال الشراح وحكم الوديعة بحكم العارية وحكم الرهن بحكم الاجارة انتهى وأورد بعض الفضلاء على قولهم وحكم الوديعة بحكم العارية بان قال اذا كان الأيداع من أجنبي ينبغي أن لا يسقط الضمان لانه العدل انتهى أقول ليس الامر كما زعمه لان العدل من رضا بوضع الرهن في

واليد جميعا بان استأذن أن يقضى دينه عليه بماله فان قيل اعتبار غير صحيح لجواز أن يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه فالجواب أن الاتصال غير مانع لعدم استلزام أحدهما الآخر

(قال المصنف سقط حكم الضمان لما قلنا) أقول فيه أنه اذا وضع في يد العدل لا يسقط الضمان مع المناقاة بين يدي الأيداع والرهن فتأمل فانه ممنوع (قوله وحكم الوديعة بحكم العارية) أقول اذا كان الأيداع من أجنبي ينبغي أن لا يسقط الضمان لانه العدل

فانه يجوز أن ينفصل ملك البدن عن ملك العين ثبوتاً كالضي فانه ثبت له ملك العين دون البدن وزوالاً كالبائع بشرط الخيار فانه يزول ملك البدن دون ملك العين وإذا كان كذلك جاز أن يثبت للمرتهن ملك البدن دون العين قوله (لان الجهة له قيمه لا تنفصل الى المنازعة) يعني المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فانها هي المفسدة للعقد فصارت كما إذا أعارت أو أطلقت وان كان الثاني سواء كان التقيد بالقدر أو الجنس أو المرتهن أو البلد ضمن القيمة بالخالفه لاصح وورثه غاصباً بالتصرف بغير اذنه فان كان التقيد بالقدر هي الزيادة عليه لفوات الغرض فان غرضه الاحتباس بما تيسر أدائه وان احتساج الى فكاه وهو أقل المالكين فالزيادة ضرورية بقى نقصان لان غرضه أن يستوفي أكثر المالكين ان هلك الرهن عند المرتهن فان الراهن يرد عليه مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك ويفوت ذلك اذا رهن بالاقبل وكلامه ظاهر وقوله (ووجب مثله) أي مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لا مثل قيمة الثوب ان كانت أكثر لان الزيادة على قدر الدين عند الهلاك أمانة فيما نحن فيه وهو ما اذا وافق المستعير المعبر فيما شرطه وقوله (على ما بيناه) يعني قوله لانه صار قاضياً بدينه عماله وكذلك قوله لما بيناه اشارة اليه وقوله (أن يفتكه جبراً عن الراهن) قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبر ان يعني جبراً فان لمفات عن الراهن من القضاء بنفسه

فانه يجوز أن ينفصل ملك البدن عن ملك العين ثبوتاً كالضي فانه ثبت له ملك العين دون البدن وزوالاً كالبائع بشرط الخيار فانه يزول ملك البدن دون ملك العين وإذا كان كذلك جاز أن يثبت للمرتهن ملك البدن دون العين قوله (لان الجهة له قيمه لا تنفصل الى المنازعة) يعني المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فانها هي المفسدة للعقد فصارت كما إذا أعارت أو أطلقت وان كان الثاني سواء كان التقيد بالقدر أو الجنس أو المرتهن أو البلد ضمن القيمة بالخالفه لاصح وورثه غاصباً بالتصرف بغير اذنه فان كان التقيد بالقدر هي الزيادة عليه لفوات الغرض فان غرضه الاحتباس بما تيسر أدائه وان احتساج الى فكاه وهو أقل المالكين فالزيادة ضرورية بقى نقصان لان غرضه أن يستوفي أكثر المالكين ان هلك الرهن عند المرتهن فان الراهن يرد عليه مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك ويفوت ذلك اذا رهن بالاقبل وكلامه ظاهر وقوله (ووجب مثله) أي مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لا مثل قيمة الثوب ان كانت أكثر لان الزيادة على قدر الدين عند الهلاك أمانة فيما نحن فيه وهو ما اذا وافق المستعير المعبر فيما شرطه وقوله (على ما بيناه) يعني قوله لانه صار قاضياً بدينه عماله وكذلك قوله لما بيناه اشارة اليه وقوله (أن يفتكه جبراً عن الراهن) قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبر ان يعني جبراً فان لمفات عن الراهن من القضاء بنفسه

ويجوز أن ينفصل ملك البدن عن ملك العين ثبوتاً كالضي فانه ثبت له ملك العين دون البدن وزوالاً كالبائع بشرط الخيار فانه يزول ملك البدن دون ملك العين وإذا كان كذلك جاز أن يثبت للمرتهن ملك البدن دون العين قوله (لان الجهة له قيمه لا تنفصل الى المنازعة) يعني المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فانها هي المفسدة للعقد فصارت كما إذا أعارت أو أطلقت وان كان الثاني سواء كان التقيد بالقدر أو الجنس أو المرتهن أو البلد ضمن القيمة بالخالفه لاصح وورثه غاصباً بالتصرف بغير اذنه فان كان التقيد بالقدر هي الزيادة عليه لفوات الغرض فان غرضه الاحتباس بما تيسر أدائه وان احتساج الى فكاه وهو أقل المالكين فالزيادة ضرورية بقى نقصان لان غرضه أن يستوفي أكثر المالكين ان هلك الرهن عند المرتهن فان الراهن يرد عليه مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك ويفوت ذلك اذا رهن بالاقبل وكلامه ظاهر وقوله (ووجب مثله) أي مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لا مثل قيمة الثوب ان كانت أكثر لان الزيادة على قدر الدين عند الهلاك أمانة فيما نحن فيه وهو ما اذا وافق المستعير المعبر فيما شرطه وقوله (على ما بيناه) يعني قوله لانه صار قاضياً بدينه عماله وكذلك قوله لما بيناه اشارة اليه وقوله (أن يفتكه جبراً عن الراهن) قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبر ان يعني جبراً فان لمفات عن الراهن من القضاء بنفسه

(قوله فانه يجوز أن ينفصل ملك البدن عن ملك العين ثبوتاً كالضي فانه ثبت له ملك العين دون البدن وزوالاً كالبائع بشرط الخيار فانه يزول ملك البدن دون ملك العين وإذا كان كذلك جاز أن يثبت للمرتهن ملك البدن دون العين قوله (لان الجهة له قيمه لا تنفصل الى المنازعة) يعني المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فانها هي المفسدة للعقد فصارت كما إذا أعارت أو أطلقت وان كان الثاني سواء كان التقيد بالقدر أو الجنس أو المرتهن أو البلد ضمن القيمة بالخالفه لاصح وورثه غاصباً بالتصرف بغير اذنه فان كان التقيد بالقدر هي الزيادة عليه لفوات الغرض فان غرضه الاحتباس بما تيسر أدائه وان احتساج الى فكاه وهو أقل المالكين فالزيادة ضرورية بقى نقصان لان غرضه أن يستوفي أكثر المالكين ان هلك الرهن عند المرتهن فان الراهن يرد عليه مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك ويفوت ذلك اذا رهن بالاقبل وكلامه ظاهر وقوله (ووجب مثله) أي مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لا مثل قيمة الثوب ان كانت أكثر لان الزيادة على قدر الدين عند الهلاك أمانة فيما نحن فيه وهو ما اذا وافق المستعير المعبر فيما شرطه وقوله (على ما بيناه) يعني قوله لانه صار قاضياً بدينه عماله وكذلك قوله لما بيناه اشارة اليه وقوله (أن يفتكه جبراً عن الراهن) قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبر ان يعني جبراً فان لمفات عن الراهن من القضاء بنفسه

يده ابتداء وكلام الشراح هنا فيما اذا أودع أحدهما الرهن باذن الآخر بعد أن قبضه المرتهن بنفسه ثم ان الفرق بينهما أن في صورة الأيداع بعد قبض المرتهن بنفسه ينقض قبضه السابق بالأيداع للمنافاة بين يد الوديعه ويد الرهن لكون أحدهما موجبة للضمان دون الأخرى كما ذكر في المناقاة بين يدي العارية والرهن وأما في صورة الوضع في يد العدل ابتداء فيقوم بد العدل في قبض الرهن مقام يد المرتهن في حق المالية فيصير الرهن مضموناً على المرتهن من هذه الحقيقة كما تبين في بابيه ولم يوجد شيء آخر يقتضي انتفاض هذا القبض فبقى الضمان على حاله (قوله ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه أن يمتنع) اعلم أن قوله جبراً عن الراهن في أثناء هذه المسئلة من مغلطات هذا الكتاب وكان لفظ محمد بن عبد الله في هذه المسئلة حين أعسر الراهن كما ذكره

أن يبقى ملك البدن وزول ملك العين كما لا يخفى (قال المصنف ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن) ولهذا أقول تصحيف عن قوله حين أعسر لان صاحب الهداية أخذ هذا من المبسوط وفي المبسوط حين أعسر قال نقرأ السلام بالزدي ذكراً أنه حين أعسر الراهن لان المعنى لا يستقيم لان المعير يفتك جبراً من المرتهن لامن الراهن لان الرهن ليس في يد الراهن وانما هو في يد المرتهن ولكن يفتكه المعير حين أعسر الراهن ولعله وقع من الكاتب أو صحفه القارئ كذا سمع نقلته من خط مولانا ياس قال في الكفاية فأراد المعير أن يفتكه نيابة عن الراهن جبراً عن المرتهن انتهى وقال أكمل الدين افتهك جبراً عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة واهله من الجبر ان يعني جبراً للمفات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى والأصوب أن عن ههنا البدلية كما في قوله تعالى لا تجزى نفس عن نفس شيئاً وفي قوله عليه الصلاة والسلام صومي عن أمك فلا تغبار اذ يصير المعنى حينئذ جبراً على المرتهن بدل الراهن والبدلية بين الراهن والمعير

أن يبقى ملك البدن وزول ملك العين كما لا يخفى (قال المصنف ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن) ولهذا أقول تصحيف عن قوله حين أعسر لان صاحب الهداية أخذ هذا من المبسوط وفي المبسوط حين أعسر قال نقرأ السلام بالزدي ذكراً أنه حين أعسر الراهن لان المعنى لا يستقيم لان المعير يفتك جبراً من المرتهن لامن الراهن لان الرهن ليس في يد الراهن وانما هو في يد المرتهن ولكن يفتكه المعير حين أعسر الراهن ولعله وقع من الكاتب أو صحفه القارئ كذا سمع نقلته من خط مولانا ياس قال في الكفاية فأراد المعير أن يفتكه نيابة عن الراهن جبراً عن المرتهن انتهى وقال أكمل الدين افتهك جبراً عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة واهله من الجبر ان يعني جبراً للمفات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى والأصوب أن عن ههنا البدلية كما في قوله تعالى لا تجزى نفس عن نفس شيئاً وفي قوله عليه الصلاة والسلام صومي عن أمك فلا تغبار اذ يصير المعنى حينئذ جبراً على المرتهن بدل الراهن والبدلية بين الراهن والمعير

وقوله (ولهذا يرجع على الراهن بما أدى) قال في النهاية ليس مجرى على إطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما أدى إذا كان ما أدام بقدر القيمة لا ما كان أكثر منها يعني أن كان قيمة الرهن ألفا ورهنه بألفين فافتكه المعبر ألفين ليس له أن يرجع بما زاد على قيمته لأنه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعبر أكثر من ذلك وليس بوارد على المصنف رحمه الله لأنه وضع المسئلة فيما إذا كانت القيمة مثل الدين وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله لأنه صار قاضيا دينه بماله (ولو اختلفا في ذلك) أي في كون الهلاك حال الرهن أو غيره فقال المعبر هلك حال الرهن وقال المستعبر هلك قبل الرهن أو بعد الافتكالك فالقول قول الراهن لما ذكر والبيئة بينة المعبر لأنه يدعي عليه الضمان فان قيل إذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفسك فقد أقر بسبب وجوب الضمان وهو رهنه (٢٣١) الشوب بدينه ثم ادعى ما ينسخه

وهو الفسك فلا بد له من حجة كما إذا ادعى الغاصب رد المغصوب أجيب بأن الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يقرب ذلك وقوله (ولو اختلفا) هكذا في نسخة قراءتي على الشيخ رحمه الله وقد وقع في النسخ كما لو اختلفا قال في النهاية وغيره من الشروح ليس بصحيح والصواب بالاول وان في لفظ كما يختلف الغرض اذ في الاول القول للراهن وهو المستعبر وفي الثاني للمعبر فكيف يصح التشبيه وقوله (في انكار أصله) يريد عقد العارية

(قوله قال في النهاية ليس مجرى على إطلاقه إلى قوله وليس بوارد على المصنف) أقول قال الامام الزيدلي بعد ما نقل كلام النهاية وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بإيفاء بعض الدين فكان مضطرا وباعتبار الاضطرار ثبت حق الرجوع

ولهذا يرجع على الراهن بما أدى المعبر فاجبر المرتن على الدفع (بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين) لأنه متبرع اذ هو لا يسمى في تخليص ملكه ولا في تفرغ ذمته فكان للطالب أن لا يقبله (ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتكه فلا ضمان عليه) لأنه لا يصح رقا ضايا بهذا وهو الموجب على ما بينا (ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن) لأنه ينكر الايفاء بعد عوالم الهلاك في هاتين الحالتين (كما لو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به فالقول للمعبر) لان القول قوله في انكار أصله فكذا في انكار رصده (ولو رهنه المستعبر بدين موعود وهو أن يرهنه به لقرضه كذا فهلك في يد المرتن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا أنه كالموجود ويرجع المعبر على الراهن بماله لان سلامة مالية الرهن باسببها من المرتن كسلامته ببراغ ذمته عنه (ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعبر جاز) لقيام ملك الرقبة (ثم المرتن بالخيار ان شاء يرجع بالدين على الراهن) لأنه لم يستوفه

شمس الاثمة السرخسي ونحو الاسلام البرزوي وقد نبه عليه تاج الشريعة وصاحب الكفاية وعن هذا قال بعضهم لعل قول المصنف جبراعن الراهن تصحيف وقع من الكاتب أو القارئ وقال صاحب معراج الدراية معنى قوله جبراعن الراهن بغير رضاه وبوافقه تقرير صاحب الكافي هذه المسئلة حيث قال ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعبر أن يفتكه جبراعن الراهن ليس للمرتن أن يمنع اذا قضى دينه وقال صاحب الكفاية معنى قوله فأراد المعبر أن يفتكه جبراعن الراهن أراد أن يفتكه نيابة عن الراهن جبراعن المرتن وقال صاحب العناية قوله افتكه جبراعن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة وعله من الجبران يعني جبرانا لمسات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان ما اختاره من المعنى لا يمتثل فيما إذا أراد المعبر أن يفتكه قبل حلول أجل دين الراهن اذ لم يفت عن الراهن اذ ذلك القضاء بنفسه لعدم محي أو أنه حتى يكون افتكالك المعبر الرهن هناك بقضاء دين الراهن جبرانا لمسات عنه من القضاء بنفسه مع أن تلك الصورة أيضا داخل في جواب هذه المسئلة كما لا يخفى وأما ثانيا فلأنه لم يسم في العربية جبر عنه سواء كان من الجبر بمعنى القهر أو من الجبر بمعنى الجبران ومحل الاغلاق في تركيب المصنف انما هو كلمة عن الداخلة على الراهن لا كون الجبر بمعنى القهر اذ هو متحقق في مسئلة النظر إلى المرتن وعلى المعنى الذي اختاره لا يظهر اكامة عن متعلق الا أن يصار إلى تقدير لمسات جلة وجعل كلمة عن متعلقة بالفظ فأت المندرج في ذلك ولا يخفى بعده جدا فكيف يرتكب مع حصول المقصود منه بتقدير متعلق كلمة عن لفظ نيابة وحده كما فعله صاحب الكفاية (قوله ولهذا يرجع على الراهن بما أدى) قال صاحب النهاية وههنا قيد لازم ذكره فان قوله

فكيف يمنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا الان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا بادهاء الدين كله اذ للمرتن أن يجسه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه انتهى وقد نسخ لي هذا الاشكال قبل رؤيتي كلامه في هذا المحل وجوابه مذكور في الكفاية والدراية فراجعهما نصوص عبارة الكفاية والسكاكي فان قيل هو لا يتوصل الى تخليص ملكه الا بإيفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلت الضمان انما وجب على المستعبر باعتبار ايفاء الدين من ملكه فكان الرجوع عليه باعتبار ما يتحقق به الايفاء انتهى فتأمل فان الكلام محالا (قوله فكيف يصح التشبيه) أقول يجوز أن يكون جهة التشبيه كون القول المنكر ثم رأيت في الكفاية الآن يقال التشبيه في الانكار من غير نظر الى كون المنكر معبرا أو مستعبرا

واسترداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الراهن وجب عليه رد العين فكذلك رد قيمته وقوله (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه) واضح وقوله في آخره (أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الأمر) يعني بتسليم الرهن إلى المرتهن سمي في جعل المستعير في الرهن بمعنى المودع ليكون التسليم إلى المرتهن بمنزلة ردّه إلى صاحبه فيبرأ من الضمان وهو صحيح ظاهر إذا كان الاستعمال قبل الرهن أما بعد فكاكه فليس غنة فيحصل مقصود الأمر فلا يكون دافعا لما يرد من صورة المستعير في غير الرهن وقد أجيب بأن ثم الرد إلى نائب المعير وهو المستعير نفسه قد وجد لان الراهن الذي هو المستعير بعد الفكاك مودع والمودع يبرأ بالعود إلى الوفاق فالعود إلى الوفاق قبل الرهن كأنه رد إلى صاحبه حكما وبعده إلى نائبه كذلك وهذا الذي اختاره المصنف رحمه الله هو مختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وأما اختيار شيخ الإسلام رحمه الله فهو أن المستعير يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق ذلك عليه هذه

(وان شاء ضمن المعير قيمته) لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أنافه بالاعتاق (وتكون رهنا عنده إلى أن يقبض دينه فيردها إلى المعير) لان استرداد القيمة كاسترداد العين (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن) لانه قد برئ من الضمان حين رهنهما فانه كان أميناً خاف ثم عاد إلى الوفاق (وكذا إذا افتك الرهن ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن) لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده بنفسه فلا بد من الوصول إلى يد المالك أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الأمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لانه نفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال الميراث مرض الموت يمنع نفاذ نبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمة منه إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته يرجع على الراهن بما أدى غير مجرى على إطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما أدى إذا كان ما أداه بقدر الدين لا بما أكثر منه من قيمة الثوب لانه ذكر في الإيضاح وفتاوى قاض خان فان عجز الراهن عن الاقتسك فافتكه المالك يرجع بقدر ما يملك الدين به ولا يرجع بأكثر من ذلك بيانه إذا كانت قيمة الرهن ألفا فرهنه بألفين فافتكه المالك بألفين يرجع بقدر ما يملك الدين به وهو ألف ولا يرجع بأكثر من ألف لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك فكذلك إذا افتكه كان متبرعا بالزيادة انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية بعبارة نفسه وليس بوارد على المصنف لانه وضع المسئلة فيما إذا كانت القيمة مثل الدين انتهى أقول فيه نظر لان قول المصنف ولهذا يرجع على الراهن بما أدى من مقدمات دليل هذه المسئلة لانفس هذه المسئلة ولا يخفى أن مقدمات الدليل لا يجب أن توافق المدعى في الخصوص والعوم ولا في التقييد والإطلاق ألا يرى أن كلية الكبرى شرط في أشهر الأقيسة وأقواها وان كان المدعى جزئيا فمن أين يلزم من تقييد وضع المسئلة تقييد مقدمات دليلها أيضا حتى يستغنى عن تقييد هاتيك المقدمات بما ذكره صاحب النهاية وغيره ثم ان الزيلعي قال في التبيين وذكر في النهاية أنه إذا افتكه بأكثر من قيمته بأن كان الدين المرهون به أكثر لا يرجع بالزيادة على قيمته وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بإيفاء بعض الدين فكان مضطرا وباعتبار الاضطرار ثبت له حق الرجوع فكيف يمنع مع بقاء الاضطرار وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك إلا بأداء الدين كله اذ المرتهن أن يجبه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه انتهى أقول في كلامه هذه أنواع غريبة لان صاحب النهاية قد ذكر حاصل استشكاله بطريق السؤال وأجاب عنه حيث قال فان قيل هو لا يتوصل إلى تحصيل ملكه إلا بإيفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلنا الضمان انما وجب على المستعير باعتباره إيفاء الدين من ملكه فكان الرجوع إليه بقدر ما يحقق به الإيفاء انتهى وقد تبعه في ذكره هذا السؤال والجواب صاحب الكفاية ومعراج الدراية فان كان الجواب المذكور مرضيا عند الزيلعي أيضا فلا معنى لاستشكاله كلام صاحب النهاية بعد أن رأى السؤال والجواب مسطورين في النهاية على الاتصال بما استشكله وان لم يكن الجواب المذكور مرضيا عنده كان عليه أن يبين محل فساده ولا ينبغي أن يعد السؤال المذكور فيها اشكالا من عند نفسه (قوله وان شاء ضمن المعير قيمته) لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه بالاعتاق) أقول كان الحق في التعليل أن يقال لان الحق تعلق بماله ودفعا بالاعتاق اذ لا شك أن المراد بالحق المذكور في التعليل انما هو حق المرتهن وحقه متعلق بماله الرهن دون رقبته

هو أن يكون غيره ممنوعاً عن إبطاله وقوله (والمراد بالجنابة على النفس ما يوجب المال) يعني أن تكون الجنابة في النفس أو مادونها خطأ أما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع وقوله (أما الوفاقية) يعني أما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهي أن جنابة الرهن على الراهن هدر (فلأنها جنابة المملوك على المالك) فيما يوجب المال بدليل أنه إذا مات وجب الكفن على مولاه وكل ما كان كذلك فهو هدر لأنه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله فإذا جنى عليه شيء لكان واجباً له عليه وذلك باطل ونوقض بالمغصوب إذا جنى على مال المصنوب منه فأنها توجب الضمان وأجاب المصنف رحمه الله عما في الكتاب بخلاف الجنابة الموجبة للقصاص فإن المستحق به دمه والمولى أجنبي عنه بوضحه أن إقرار المولى عليه بالجنابة الموجبة للقصاص غير صحيح وبالموجبة للمال صحيح وإقرار العبد على عكس ذلك ولهما في الخلافية أن الجنابة

(٣٣٣)

غير مالك للعين وحصولها على غير المالك بوجب الضمان كما لو حصلت على أجنبي آخر فإن قيل ما ليشه محتبسة بدينه فلا فائدة في إيجاب الضمان أجاب بقوله (وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد إليه بالجنابة فتعتبر) وإن كان يسقط حقه في الدين فإن إبقائه رهناً وجعله بالدين لا يثبت له ملك العين وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له باعتبار الجنابة وإن لم يكن له غرض في ذلك يترك طلب الجنابة ويستبقه رهناً كما كان وقوله (ودفعه) فيه تسامح لأن المرتهن لا يدفع العبد إلى نفسه ومخلصه المشاكسة فانه وإن كان قابلاً له بلفظ الدافع لو وقع في صحبته أو التغليب سماء دافعاً وشاء (وله أن

لشترى به عبيد يقوم مقامه قال (وجنابة المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها) ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين وهذا لأن العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه للمالك قال (وجنابة الرهن على الراهن والمرتهن وعلى ماله ما هدر) وهذا عند أبي حنيفة وقال الجنبية على المرتهن معتبرة والمراد بالجنابة على النفس ما يوجب المال أما الوفاقية فلأنها جنابة المملوك على المالك ألا ترى أنه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جنابة المصنوب على المصنوب منه لأن الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستنداً حتى يكون الكفن عليه فكانت جنابة على غير المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية أن الجنابة حصلت على غير مال كما في الاعتبار فائدة وهو دفع العبد إليه بالجنابة فتعتبر ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطل الرهن ودفعه بالجنابة إلى المرتهن وإن قال المرتهن لا أطلب الجنابة فهو رهن على حاله وله أن هذه الجنابة لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجنابة لأنها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب انضمام له مع وجوب التخليص عليه وجنابته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء لأنه لا فائدة في اعتبارها لأنه لا يملك العبد وهو الفائدة وإن كانت القيمة أكثر من الدين فعن أبي حنيفة أنه يعتبر بقدر الأمانة لأن الفضل ليس في ضمانه فأشبهه جنابة العبد الوديعة على المستودع وعنه أنها لا تعتبر لأن حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون

كما مر غير مرة (قوله أما الوفاقية فلأنها جنابة المملوك على المالك) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل أي أما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهي أن جنابة الرهن على الراهن هدر فلأنها جنابة المملوك على المالك واقتنى أثره صاحب العناية أقول لا وجه عندى لأحكام لفظ الوجه في نفسه مراد المصنف بقوله المذكور أن يصير المعنى حينئذ أما وجه المسئلة الوفاقية أي علمتها فلهذه العلة المذكورة في الكتاب لأن المصنف قد أدخل اللام على الخبر كما ترى فيؤول المعنى إلى أن علة هذه المسئلة لهذه العلة فيلزم أن يكون المذكور في الكتاب علة العلة لا علة نفس المسئلة وهو فاسد قطعاً (قوله ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطل الرهن ودفعه بالجنابة إلى المرتهن) قال صاحب العناية قوله ودفعه فيه تسامح لأن المرتهن لا يدفع العبد إلى نفسه ومخلصه المشاكسة فانه وإن كان قابلاً له بلفظ الدافع

(٣٠ - تكمله فامن)

هذه الجنابة لو اعتبرناها للمرتهن كان التطهير عليه لأنها حصلت في ضمانه) لكونه مخاطباً بالدفع أو الفداء كالراهن فكان حكم الدفع أو الفداء له وعليه في حق شيء واحد بسبب واحد ولا فائدة في ذلك وقوله (وإن كانت القيمة أكثر من الدين) بأن كان العين والدين ألفاً وأتلف متاع المرتهن فقال للراهن أما إن تقضى نصف دينه أو يباع عليك العبد فإن امتنع عن القضاء بيع العبد ويستوفى المرتهن من ثمنه تمام قيمة المتاع فإن بقي شيء من الثمن أخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه لأنه بدل عبد نصفه أمانة ونصفه مضمون وبطل الأمانة للراهن وبطل المضمون للمرتهن وإن قضى النصف زال الدين وبقي العبد رهناً بحاله وهذا وجه ظاهر الرواية ووجه غيره ما ذكره في الكتاب وهو واضح

(قوله وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له) أقول يعني يحصل الغرض (قوله ومخلصه المشاكسة الخ) أقول فيه بحث يظهر على من علم ما المشاكسة (قوله أما أن يقضى نصف دينه) أقول بقدر الأمانة (قوله وهذا وجه ظاهر الرواية) أقول ولكن كلمة عن نأبي عن كونه الرواية الظاهرة

وقوله (وهذا) أى ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدرًا (بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن) لان الاملاك بين الاب والابن حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال (ومن رهن عبدًا يساوى ألفًا بألف) نقصان القيمة بتراجع السعر بعدما قبض الرهن ليس بمعتبر فلا يوجب سقوط الدين ولهذا النقص به وهو باق على حاله فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن وقوله (حتى لا يزداد على دية الحر) نتيجة قوله كان مقابلًا بالدم وقوله (لان المولى استحقه) دليل قوله لانه بدل المالة في حق المستحق وقوله (أو نقول) دليل آخر أى لا يمكن أن يجعل المرتهن مستوفيا لالف الدين بالمائة التي غرمها الحر بقتل الرهن وجعلت رهنًا مكانه لانه يؤدي الى الر باقيصير مستوفيا للمائة وبقي تسعة مائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعة مائة بالهلاك والباقي ظاهر (٢٣٤) واعلم أن صور المسائل ههنا ثلاث تراجع قيمة الرهن من ألف

وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال (ومن رهن عبدًا يساوى ألفًا بألف الى أجل فنقص في السعر فوجعت قيمته الى مائة ثم قتل رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشئ) وأصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافاً لغيره هو يقول ان المالة قد انتقصت فأشبه انتقاص العين ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بقوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذا لم يبدأ الاستيفاء واذا لم يسقط شئ من الدين بنقصان السعر بقي مرهوناً بكل الدين فاذا قتله غرم قيمته مائة لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفات وأخذ المرتهن لانه بدل المالة في حق المستحق وان كان مقابلًا بالدم على أصلنا حتى لا يزداد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالة وحق المرتهن متعلق بالمالة فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشئ لان بدل الرهن بد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك بتقرر قيمته كانت في الابتداء ألفاً فيصير مستوفيا لكل من الابتداء أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا لالف بمائة لانه يؤدي الى الر باقيصير مستوفيا للمائة وبقي تسعة مائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعة مائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل أحد لانه يصير مستوفيا لكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الر با قال (وان كان أمره الراهن أن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء عن حقه فيرجع بتسعة مائة) لانه لما باعه باذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى وكذا هذا قال (وان قتل عبد قيمته مائة فدفعت مكانه افسكه بجميع الدين) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء افسكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر يصير رهنًا بمائة له أن يد الرهن بد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا أنه خلاف بد لا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولا صحابنا على زفر أن العبد الثاني قائم مقام الاول

الى مائة مع قيام عينه بحاله وقتل حر العبد الذي قيمته مائة بعد التراجع وضمن قيمته مائة وقتل عبد العبد المرهون ودفعه به وأقوال العلماء فيها أيضا ثلاثة أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجحاهما الله حكم الصورة الاولى والثالثة واحد وهو أن الراهن يفتكها بجميع الدين بلا خيار وقول محمد رجحاه الله في الاولى كقولهما وفي الثالثة أن الراهن بالخيار بين أن يأخذ الرهن بجميع الدين كالأولى وبين أن يسلمه الى المرتهن بماله كالثانية على ما ذكره وقول زفر رجحاه الله ان حكم الصورة الاولى والثالثة واحد في أن الراهن يفتكها بالمائة ويسقط عنه التسعة مائة قياسا على

لوقوعه في صحته أو النعيب سماء دافعا واثما انتهى أقول لا صحة لتوجيه المشاكلة ههنا لان المشاكلة ذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحته وهذا لا يتصور الا اذا تكررت كلفظ وأريد به في المرة الاولى أصل معناه وفي الاخرى غير ذلك كما في قوله تعالى حكاية تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك وفيما نحن

الصورة الثانية فان حكمها أن التسعة مائة ساقطة عن الراهن بالاتفاق والمرتهن تلك المائة التي ضمنها الحر عند حلول الاجل ووجهه هذه الاقوال مذكورة في الكتاب

(قال المصنف وأصله أن النقصان من حيث السعر) أقول أى أصل جنس هذه المسئلة لا أصل هذه المسئلة فانه ليس فيه خلاف زفر ذلك أن تقول الاتفاق في جواب المسئلة لا ينافي الاختلاف في التخرج (قال المصنف لانه بدل المالة) أقول أى القيمة وانما ذكر الضمير تأويل الموجب أو باعتبار الخبر (قوله وقوله أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا لدليل آخر) أقول فيه بحث (قوله فاذا هلك يصير مستوفيا) أقول الفاء للتعقيب الذي والافا لهلاك مقدم (قال المصنف وان قتل عبد قيمته مائة) أقول أى قتل العبد الذي قيمته ألف ولم تراجع سعره لئلا يلزم التكرار

وقوله (لما ودما) يعني صورة ومعنى أما صورة قطاهر وأما معنى فـ لان القاتل كالمقتول في الآدمية والشرع اعتبره جزأ من حيث الآدمية دون المالمية ألا ترى إلى استوائهما في حق القصاص فكذا في حق الدفع أيضا وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس الخ وقوله (كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب في يد الغاصب) يعني اذا قتلها ما عبد ودفع مكانه ما فان المشتري يتخير بين أن يأخذه بكل الثمن وبين أن يفسخ (٢٣٥) البيع لتغير المبيع وفي الغصب يتخير

المغصوب منه بين أن يأخذ المدفوع مكانه وبين أن يطالب الغاصب بقيمة المقتول وقوله (وأنه منسوخ) يعني بقوله عليه الصلاة والسلام لا يعلق الرهن ثلاثا وقوله (ولو كان العبد تراجع سعره إلى قوله فهو على هذا الخلاف) قيل في بعض الشروح هذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث يعني ما عرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع سعر الرهن إلى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لتكرار وهو لازم أيضا وفي مضممار التحقيق وانما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع ولا تكرار رغبة إلى هنا لفظ العناية أقول ما مر في بيان صور المسائل الثلاث انما هو عبارة البداية المأخوذة من الجامع الصغير والانصاف أنها لا تساعد جعل الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما فعله صاحب العناية وانما تساعد جعلها في تراجع السعر أيضا كما فعله صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وصاحب الغاية أو جعلها فيما هو أعم من تراجع السعر ومن عدم تراجعها فان نص عبارة البداية على وفق ما في الجامع الصغير هكذا ومن رهن عبد يساوي ألفا بالف إلى أجل فنقص في السعر ورجعت قيمته إلى مائة ثم قتل رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الأجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء من حقه ولا يرجع على الراهن بشئ وان كان أمره الراهن ببيعته

لما ودما ولو كان الأول قائما وانتقص السعر لا يسقط شئ من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولحمد في الخيار أن المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب بخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما أن التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الأول لما ودما كما ذكرناه مع زفر وعين الرهن أمانة عندنا فلا يجوز عليك منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان ملكه باداء الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتل عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف (واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمن الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع) لانه لا يملك التملك (ولو فدى طهر المحل فبقى الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشئ من الفداء) لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها (ولو أبى المرتهن أن يفدى قيل للراهن ادفع العبد أو فده بالدية) لان المالك في الرقبة قائم له وانما إلى المرتهن من الفداء اقيام حقه (فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخير) بين الدفع والفداء (فان اختار الدفع سقط الدين) لانه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك (وكذلك ان فدى)

فيه لم يتكرر ذكر لفظ بل وقع مرة واحدة بصيغة التنبيه فسيبيله التغليب لا غير كما لا يخفى (قوله ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتل عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف) قال صاحب غاية البيان وهذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث فيما اذا تراجع سعر الرهن إلى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف انتهى وقال صاحب العناية قيل في بعض الشروح وهذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث يعني ما عرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع سعر الرهن إلى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لتكرار وهو لازم أيضا عليه وذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذي حاز قصبات السبق في مضممار التحقيق وانما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع ولا تكرار رغبة إلى هنا لفظ العناية أقول ما مر في بيان صور المسائل الثلاث انما هو عبارة البداية المأخوذة من الجامع الصغير والانصاف أنها لا تساعد جعل الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما فعله صاحب العناية وانما تساعد جعلها في تراجع السعر أيضا كما فعله صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وصاحب الغاية أو جعلها فيما هو أعم من تراجع السعر ومن عدم تراجعها فان نص عبارة البداية على وفق ما في الجامع الصغير هكذا ومن رهن عبد يساوي ألفا بالف إلى أجل فنقص في السعر ورجعت قيمته إلى مائة ثم قتل رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الأجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء من حقه ولا يرجع على الراهن بشئ وان كان أمره الراهن ببيعته

التراجع ولا تكرار رغبة (واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمن الجناية على المرتهن) يعني اذا كانت القيمة والدين سواء أما اذا كانت القيمة أكثر فسيأتي وانما كانت الجناية عليه لان العبد في ضمانه

(قوله قيل في بعض الشروح) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما اذا لم يتراجع السعر) أقول وكذلك جعل الكاكي في معراج الدراية وأما صاحب الكفاية فانه مشي على طريق الشيخ الشارح

وقوله (لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن) يعني واذا كان على المرتهن وقد اداء الرهن وجب له على المرتهن مثل ما أدى الى ولي الجناية والمرتهن على الرهن دين فالتقيا فصا صا فيسلم الرهن للرهن ولا يكون منبرعا في اداء الفداء لانه يسعى في تخلص ملكه كغير الرهن وقوله (وحق ولي الجناية) بالمرتحن معطوف على دين المرتهن يعني أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولي الجناية أيضا حتى لو جنى العبد المدون دفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في الديات وقوله (لتقدمه على حق المولى) أي لتقدم دين العبد على حق المولى واذا كان مقدا على حق المولى كان مقدا على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية فان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية وولي الجناية في ملك العين

(قال المصنف لان دين العبد مقدم على (٢٣٦) دين المرتهن وحق ولي الجناية الخ) أقول قال الاتقاني قوله وحق ولي الجناية

لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا أو استهلك ما لا حيث يخاطب الرهن بالدفع أو الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كالمهلك في الابتداء وان قدى فهو رهن مع أمه على حالهما (ولو استهلك العبد المرهون ما لا يستغرق رقبته فان أدى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان أبي قيل للرهن به في الدين الآن يختار أن يؤدي عنه فان أدى بطل دين المرتهن) كما ذكرنا في الفداء (وان لم يؤدي يبيع العبد فيه بأخذ صاحب دين العبد دينه) لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى

فباعه بمائة قبض المائة قضاء من حقه ورجع تسعمائة فان قتله عبد قيمته مائة فدفع اليه مكانه فبشكه بجميع الدين وقال محمد رحمه الله هو بالخيار ان شاء افقه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن انتهى ولا يخفى عليك أن قوله فان قتله عبد الخ عطف على قوله ثم قتله رجل وان الظاهر المتبادر أن ضمير قتله في المعطوف راجع الى ما رجع اليه ضمير قتله في المعطوف عليه ولا شك أن الضمير في المعطوف عليه راجع الى العبد المرهون الذي نقص في السعر فكذلك الضمير الذي في المعطوف كما ذهب اليه أصحاب النهاية ومعرج الدراية وغاية البيان وان أخرج الضمير في المعطوف عما هو الظاهر المتبادر من رجوعه الى ما رجع اليه ضمير المعطوف عليه فلا أقل من ارجاعه الى مطلق العبد المرهون المذکور في ضمن العبد المرهون المقيد بنقصان سعره في المعطوف عليه وعلى كالا التقديرين لا يخلو ما ذكره المصنف ههنا بقوله ولو كان تراجع سعره الخ عن شائبة التكرار واما ارجاع الضمير في المعطوف الى العبد المرهون المقيّد بعدم تراجع السعر فما لا تساعده العبارة المذكورة قطعاً على مقتضى العربية فلا وجه للصيرار اليه تبصر ترشد (قوله لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى) قال صاحب النهاية قوله وحق ولي الجناية بالجراي دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم على حق ولي الجناية أيضا حتى انه لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في الديات وقوله لتقدمه على حق المولى أي لتقدم حق العبد على حق المولى فاذا كان مقدما على حق المولى يكون مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية

بالنصب أو بالرفع عطفاً على لفظ دين العبد أو محله معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وكذا حق ولي الجناية أيضا مقدم على حق المرتهن لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى - لأن يقدم على حق المرتهن أولى لان حق المالك أقوى ويدل على هذا التقرير تصريح القدوري بذلك في شرحه وقد مر آنفا تحقيقه أن المصنف ذكر جناية العبد المرهون أولاً وتقدمه على حق المرتهن عند قوله واذا قتل العبد الرهن قتيلاً خطأ فضمن الجناية على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانياً وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون ما لا وهذا كله يدل على أن

مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم في شرحه قوله وحق ولي الجناية أي دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم أيضاً على حق (فان ولي الجناية حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فأقول هذا في غاية الضعف لان المسئلة التي استشهد بها تدفع كلامه لانه قال ودين العبد مقدم على حق ولي الجناية وفي المسئلة قدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وانه مناقضة لا محالة انتهى ونحن نقول فيه بحث فانه تأخير ضرورة لكنه تقديم معنى حيث لم يبق في يد ولي الجناية شيء كما لا يخفى (قوله وقوله وحق ولي الجناية بالجراي معطوف على دين المرتهن) أقول واعل النصيب أولى عطفاً على دين العبد أي حق ولي الجناية مقدم على دين المرتهن وانما قلنا ذلك أولى لعدم ظهور دلالة قوله لتقدمه على حق المولى (قال المصنف لتقدمه على حق المولى) أقول في دلالة على التقديم على حق ولي الجناية بحث فانه كما يقال للمولى في الاستهلاك بع أو أد المال كذلك يقال في الجناية ادفع أو ادف (قوله فان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية) أقول وكذلك صاحب دين العبد قائم مقامه في المالية حيث يباع ويعطى ثمنه فلا يظهر بذلك التقدم خصوصاً على حق ولي الجناية بل عكسه أظهر لان المولى مخاطب فيه بدفع عين العبد وعلبك بامعان النظر

(فان فضل شيء دين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن) لان الرقبة استحققت لمعنى هو في ضمان المرتهن فأشبهه الهالك (وان كان دين العبد أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل أخذه به) لانه من جنس حقه (وان كان لم يحل أمسكه حتى يحل وان كان ممن العبد لا يفي بدين الغريم أخذه الثمن ولم يرجع بما بقي على أحد حتى يعتق العبد) لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق (ثم اذا أدى بعده لا يرجع على أحد) لانه وجب عليه بفعله (وان كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف وقد جنى العبد يقال لهما افياء) لان النصف منه مضمون والنصف أمانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الأمانة على الراهن فان أجمع على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بينا وانما منه الرضاه (فان تشاحا فالقول لمن قال أنا أفدي را هنا كان أو مرتهنا) أما المرتهن فلانه ليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال المرتهن وكذا في جنابة ولد الرهن اذا قال المرتهن أنا أفدي له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له أن يفدي وأما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره (وبكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الأمانة حتى لا يرجع على الراهن) لانه يمكنه أن لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا وهذا على ما روى عن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع مع الحضور وسنين القولين ان شاء الله تعالى (ولو أوى المرتهن أن يفدي وفداء الراهن فانه يحسب على المرتهن نصف الفداء من دينه)

وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لأنه لا يملك التملك وقوله (فان تشاحا) بأن اختار الراهن الفداء والمرتهن الدفع أو بالعكس فالعبر هو الفداء وذكر جانب المرتهن اذا اختار الفداء والمرتهن الدفع أو بالعكس فالعبر هو الفداء وذكر جانب المرتهن اذا اختار الفداء ثم ذكر جانب الراهن اذا اختار ذلك بعد ذكره جنابة ولد الرهن

(قال المصنف فان أجمع على الدفع دفعنا) أقول فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز في قوله دفعنا ولا يقال المراد رضا بالدفع بطريق عموم المجاز لانه لا يكون مسببا عن الإجماع على الدفع والمخلص التغليب

لان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية وولى الجنابة يقوم مقام المولى في ملك العين الى هنا كلامه وافتى أثره في هذا البيان جماعة من الشراح منهم صاحب العناية وقال صاحب الغاية قوله وحق ولى الجنابة بالنصب أو بالرفع عطف على لفظ دين العبد أو محله معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وكذا حق ولى الجنابة أيضا مقدم على دين المرتهن لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى فلان يقدم على حق المرتهن أولى لان حق المالك أقوى ويدل على هذا التقرير تصريح القدوري بذلك في شرحه وقد مر انفا تحقيقه أن المصنف ذكر جنابة العبد المرهون أولا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمن الجنابة على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا وهذا كله يدل على أن مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم في شرحه قوله وحق ولى بالجرأى دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم أيضا على حق ولى الجنابة حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولى الجنابة ثم يباع للغرماء فأقول هذا في غاية الضعف لان المسئلة التي استشهد بها تدفع كلامه لانه قال دين العبد مقدم على حق ولى الجنابة وفي المسئلة قدم حق ولى الجنابة ثم رتب عليه حق الغرماء وأنه منافضة لا محالة الى هنا لفظ الغاية أقول لا تدافع بين كلام هؤلاء الشراح وبين المسئلة التي استشهدوا بها اذ لا يشبهه على النظم تحقق تقدم حق الغرماء حقيقة على حق ولى الجنابة في تلك المسئلة فانه وان دفع العبد الجاني أولا الى ولى الجنابة الا أنه لم يبق في يده بل بيع ودفع ثمنه الى الغرماء وقد نبه عليه صاحب الكفاية حيث قال لانه وان دفع الى ولى الجنابة أولا لكن اذا بيع لم يبق للدفع أثر فاعلم أن الدين كان مقدما حقيقة انتهى (قوله فان فضل شيء الخ) أقول فيه شيء وهو أن الظاهر من أسلوب تحرير الكتاب أن يكون قوله فان فضل شيء الخ من منفرعات المسئلة السابقة وهي قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته ولا يذهب على ذي مسكة أن المال المستهلك اذا استغرق رقبة العبد لا يتصور أن يفضل على دين الغريم شيء من ثمن العبد الذي يبيع فيلزم

وقوله (لان سقوط الدين امر لازم فدى أو دفع) يعني أن الراهن اذا خوطب فلا بد له من أحدهما وأيهما كان سقط الدين فلم يجعل الراهن في الفداء بقدر الدين متطوعا وقوله (وان كان غائبا) ذكر في الاسرار أن المراد به الغيبة المنقطعة قوله (وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله) وما بعده هو الموعد بقوله وسنين القولين وما بعده واضح الخ

فصل هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في أواخر الكتب (ومن رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة ثم صار خلا ولم ينقص مقداره فهو رهن بعشرة) وان نقص سقط من الدين بقدره ولا يعتبر بنقصان القيمة لان الفائي مجرد وصف وبفواته في المكيل والموزون لا يسقط شيء من الدين عندهم وانما يتخير الراهن بين أن يفتكه ناقصا بجميع الدين وبين أن يضمن قيمته ويجعلها رهنا عنده عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند

(٢٣٨)

اذا انكسر فقوله يساوي عشرة وقع اتفاقا

(قال المصنف وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله) أقول قال الامام الزيلعي وعن زفر عن أبي حنيفة رحمه الله على عكسه أن الراهن اذا كان حاضرا فالمرتهن لا يكون متطوعا في الفداء وان كان غائبا كان متطوعا فيه ووجهه أن المجني عليه لا يخاطب المرتهن حال غيبة الراهن لانه ليس بمالك ولا يقدر على الدفع ولا يتمكن من أخذ العبد منه ما لم يحضر الراهن فلا حاجة له الى الفداء فاذا فداه من غير حاجة اليه كان متطوعا وأما في حالة حضرته فالمجني عليه يخاطبهما بالدفع والفداء فلا يتوصل المرتهن الى استدامة يده الا بالفداء فكان مضطرا

لان سقوط الدين امر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين وان كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في نصف كان عليه فاذا أدام الراهن وهو ليس بمطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدنه كأنه أوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقي (ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا) وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمه الله المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير أمره فأشبه الاجنبي وله أنه اذا كان الراهن حاضرا أمكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالأجنبي فأما اذا كان الراهن غائبا تذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال (واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصى حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا لو وصيه (وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وأمره يبيعه) لان القاضي نصب ناظر الحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره (وان كان على الميت دين فلهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز ولا آخرين أن يردوه) لانه أثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فأشبه الاشارة بالايفاء الحقيقي (فان قضى دينهم قبل أن يردوه جاز) لزوال المانع بوصول حقهم اليهم (ولو لم يكن للميت غريم أخرج الرهن) اعتبارا بالايفاء الحقيقي (وبيع في دينه) لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده (واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز) لانه استيفاء وهو عليك قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات تذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

فصل قال (ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة) أن لا ينتظم المعنى اللهم الا أن يكون قوله فان فضل شيء الخ مسألة مبينة للمسئلة الاولى مقابلة لها لا متفرعة عليها ويكون الفاء في قوله فان فضل لجرد الترتيب الذي كرى كما تستعمل الفاء في هذا المعنى أيضا على ما عرف في علم الادب تأمل

فصل هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة في أواخر الكتب فلذلك أخره استدراكا لما فات

اليه فلا يكون متطوعا كغير الراهن وصاحب العلو اذا بنى السفلى ثم بنى عليه علوه انتهى ولا يخفى أن هذا الوجه

فصل ومن رهن عصيرا (قال المصنف ومن رهن عصيرا بعشرة وقيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة الخ) أقول قال الزيلعي يشير الى أن الاعتبار فيه في الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل الاعتبار فيه القدر لان العصير والخل من المقدرات لانه امام مكيل أو موزون وفيه ما نقصان القيمة لا يوجب سقوط شيء من الدين كما في انكسار القلب وانما يوجب الخبار على ما ذكرنا لان الغائب فيه مجرد الوصف وفوات شيء من الوصف في المكيل والموزون لا يوجب سقوط شيء من الدين باجتماع الصحابة فيكون الحكم فيه انه ان نقص شيء من القدر سقط بقدره من الدين والا فلا انتهى فكان الاصول أن يقول بدل قوله يساوي عشرة الخ والمقدار باق على حاله

وقوله (لان ما يكون محلا للبيع) يعني أن الرهن كالبيع في الاحتياج الى المحل فيعتبر محله محله وانجر لا يصلح محلا للبيع ابتداء ويصلح بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لم يبطل عقده فكذا في الرهن ولقائل أن يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فبال هذا يخلف عن ذلك الاصل ويمكن أن يحجب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما يتبدل الوصف فلذلك يخلف عن ذلك الاصل واعلم أن العصور المرهون اذا تخمر فاما أن يكون الراهن والمرتهن مسلمين أو كافرين أو يكون الراهن وحده مسلما أو بالعكس فان كانا كافرين فالرهن بماله تخلص أو لم يتخلص وفي الاقسام الباقية ان يتخلص فكذلك واليه بلوح اطلاق المصنف رحمه الله حيث قال ثم صار خلا يعني بنفسه وان لم يتخلص بنفسه فهل للمرتهن أن يتخلله أو لا فيه تفصيل ان كانا مسلمين أو كان الراهن مسلما جاز تخليصه لان المالية وان تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن وذلك يسقط الدين لكن اعادتها ممكنة بالتخلص فصار كتحليص الرهن من الجنابة والمرتهن ذلك واذا جاز ذلك في المسلمين وانجر ليست محلا بالنسبة اليهم فلا يجوز في المرتهن الكافر أو لى لانها محلا بالنسبة اليه وأما اذا كان الراهن كافرا فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله لان صفة الجنابة لا تعدم المالية في حقه فليس للمرتهن المسلم تخليصها فان تخللها ضمن قيمتها يوم خللها لانه صار غاصبا بما صنع كما لو غصب خمر ذى خللها فالحل له وتقع المقاصة ان كان الدين من جنس القيمة ويرجع بالزيادة ان نقصت قيمتها يوم التخليص من دينه وقوله (فهو رهن بدرهم) يعني ان كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وأما اذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك بأن ينظر الى قيمة الشاة حية ومسلوخة فان كانت قيمتها خمسة عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتها درهمان وان كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين هذا اذا كانت القيمة مثل الدين فان كانت أكثر أو أقل فهي مذكورة في النهاية

(٢٣٩)

قال (ونما الرهن للراهن الخ)

الاصول ان الاوصاف

القارة في الامهات تسرى الى

الاولاد اذا كانت سالحة

لاحكامها والرهن منها لكونه

حقا لازما اذا لازم هو القار

والقار ما يكون ثابتا في

جمله الام ولا ينفرد من عليه

بابطال حكمه ككونه حرة

وقنة ومبيعة ومكاتبنة

ومدبرة وانما فسرنا بذلك

لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذا المحلية بالمالية فيهما وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محلا له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا أنه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع عنزلة ما اذا تعيب (ولو رهن شاة قيمتها عشرة وعشرون فباع جلدتها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم) لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فباع جلدتها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنقضى لا يعود أما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع قال (ونما الرهن للراهن وهو مثل الولد

فما سبق) قوله لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذا المحلية بالمالية فيهما وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محلا له بقاء) أقول لقائل أن يقول لو كان مداه مسئلتنا المذكورة على هذا القدر من

لثلا ترد كفالة الحرة فانها ما تسرى الى الاولاد والزكاة بعد كمال الحول كذلك فانما ما يشترطان في ذمة الكفيل والمالك لا في عين الامهات ولثلا يرد ولد الجنابة فان من عليه يتفرد بالابطال باختيار الفداء وانما قيدنا الاولاد بصلاحيتهن لاحكام الاوصاف لثلا يرد ولد المغصوبة والمستأجرة والمنكوحه والموصى بخدمتها لان الاولاد حين الولادة لم تصلح لاحكام هذه الاوصاف أما في غير الغصب فظاهر

(قال المصنف لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن) أقول منقوض بالشائع والجواب أن فيه مانعا (قوله ويمكن أن يحجب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا) أقول فيه بحث لان ما ذكره أن يكون السالب لقابلية المحلية وهو يتبدل وصف العصرية الى الجنابة مصححا لها والاولى أن يحجب بان انجر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقائه كما اذا كان لمسلم عصير فتخمر فانه لا يخرج به عن ملكه فاذا مات يرثه قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء وبقائه والعقود شرعت لاحكامها وانما لم يكن محلا للعقد ابتداء للنهي عن الاقتراب والاغترار ولا يوجد ذلك في البقاء فليتامر (قوله وانجر ليست محلا) أقول للرهن ابتداء (قوله لانها محلا بالنسبة اليه) أقول نعم الا أنه ليس كتخليص الرهن من الجنابة بالنسبة اليه لكن لا غرو فان كونه كذلك بالنسبة الى الراهن كاف (قوله وانما فسرنا الخ) أقول أي الا لازم (قوله فانما ما يشترطان في ذمة الكفيل والمالك لا في عين الامهات) أقول هذا تعليل لقوله لثلا يرد الخ يعني لا في جملتها أي في جملة الكفيل والام التي ثبت حق الزكاة فيها وفيه تأمل فان كونها ما لا يثبت فيه حق الزكاة وصف ثابت بمجملتها أقول ولك أن تقول يخرج الجواب عن ولد المستأجرة والموصى بخدمتها بانها لا يشترطان في عين الامهات لكون كل منهما عقدا على المنفعة (قوله ولثلا يرد ولد الجنابة فان من عليه الخ) أقول لفظه من عبارة عن المولى (قوله يتفرد بالابطال) أقول أي بابطال الجنابة عن الام بالتزامها في ذمته باختيار الفداء (قوله باختيار الفداء) أقول فعلى هذا لو كانت وصفا فاراد لا يرد نقضا لعدم ثبوتها للام

وأما في الغصب فلان الضمان به يعتمد قبضاً مقصوداً بغير حق ولم يتحقق في الولد وإذا ظهر هذا علم أن غناء الرهن كاللبن والتمر والصوف والولد للرهن لأنه متولد من ملكه ويكون رهناً مع الأصل لأنه تبع له ففي الأصل وصفان لازم أن الملك وكونه رهناً فيسريان إلى الولد فان هلك الولد هلك بغير شيء لأن الاتباع لا يفسد لها مما يقابل بالأصل إذا لم تكن مقصودة لأنهم لم تدخل تحت العقد مقصوداً إذا اللفظ لم يتناولها وان هلك الأصل (٢٤٠) وبقي الغناء افتكاه الرهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم

والتمر واللبن والصوف) لأنه متولد من ملكه ويكون رهناً مع الأصل لأنه تبع له والرهن حق لازم فيسري إليه (فان هلك بغير شيء) لأن الاتباع لا يفسد لها مما يقابل بالأصل لأنهم لم تدخل تحت العقد مقصوداً إذا اللفظ لا يتناولها (وان هلك الأصل وبقي الغناء افتكاه الرهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة الغناء يوم الفسك) لأن الرهن يصير مضموناً بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفسك إذا بقي إلى وقته والتبع يقابل شيء إذا صار مقصوداً كولد المبيع فما أصاب الأصل بسقط من الدين لأنه يقابل الأصل مقصوداً وما أصاب الغناء افتكاه الرهن لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الأصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتماه في الجامع والزيادات (ولورهن شاة بعشرة وقيمة عشرة وقال الرهن للرهن احلب الشاة فاحلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك) أما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط وانظر لانها اطلاق وليس يتمليك فتصح مع الخطر (ولا يسقط شيء من الدين) لأنه أتلفه بأذن المالك (فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما أصاب الشاة سقط وما أصاب اللبن أخذ هذه المرتهن من الرهن) لأن اللبن تلف على ملك الرهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليم من قبله فصار كان الرهن أخذ وأتلفه فكان مضموناً عليه فيكون له حصته من الدين فيبقى بحصته وكذلك ولد الشاة إذا أذن له الرهن في أكله وكذلك جميع الغناء الذي يحدث على هذا القياس

التعليل لما ظهر فائدة قوله ثم صار خلافاً في وضع المسئلة بل كان يكفي أن يقال ومن رهن عصيراً بعشرة فتخمر فهو رهن بعشرة كفاية التعليل المذكور بعينه في إثبات هذا المعنى العام فتأمل قال صاحب العناية والفتاوى أن يقول ما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فبالهذا يتخلف عن ذلك الأصل قال ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقياً وههنا يتبدل المحل حكماً بتبدل الوصف فلذلك يتخلف عن ذلك الأصل انتهى أقول في الجواب بحث ادفعائل أن يعود وبقوله لو كان يتبدل المحل ههنا يتبدل الوصف كان ينبغي أن يبطل العقد فيما إذا اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض ادعى نقد يرتبدل المحل يلزم أن يكون المبيع هالكاً قبل القبض في هاتيك الصورة وقد قالوا في المسئلة الآتية إن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض وإن المنتقض لا يعود مع أنه ذكر في الكتاب أن من اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض يبقى العقد لأنه يتخبر في البيع فإن قيل هذا التبدل ليس بتبدل حقيقي بل هو تبدل حككي كما صرح به صاحب العناية والذي يستلزم كون البيع هالكاً انما هو التبدل الحقيقي دون الحكمي قلنا فافتاوى أن يقول ما بال هذا التبدل الحكمي كان له تأثير في التخلف عن ذلك الأصل المقرر ولم يكن له تأثير في كون المبيع هالكاً وما الفارق بينهما وبالجمللة للكلام مجال في كل حال وأورد بعض الفضلاء على الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال فيه بحث لان ما ذكره أن يكون السالب لقابلية المحلية وهو تبدل وصف العصرية إلى الخيرية مصححاً لها وقال والاولى أن يجاب بأن الحجر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء كما إذا كان لمسلم عصيراً فتخمر فانه لا يخرج به عن ملكه فإذا مات ورثه

القبض لأنه مضمون بالقبض كما تقدم وقيمة الغناء يوم الفسك لأنه انما صار مضموناً به ولو هلك قبله هلك مجازاً والتبع يقابل شيء إذا صار مقصوداً كولد المبيع فانه يكون له حصة من الثمن إذا صار مقصوداً بالقبض والزيادة ههنا صارت مقصودة بالفسك فيخصه شيء من الدين فما أصاب الأصل بسقط من الدين بقدره لأنه يقابل الأصل مقصوداً وما أصاب الغناء افتكاه الرهن به وقوله (وصور المسائل على هذا الأصل) يعني ما ذكرنا من قسمة الدين على قيمتهما يوم القبض والفسك (تخرج) وفي ذلك كثرة وتطويل فأعرض عنها وتابعناه في ذلك وقوله (فيصح تعليقها بالشرط) يريد بالشرط قوله فاحلبت فان كلمة ما تضمنت معنى الشرط ولهذا دخل الفاء في خبرها وقوله (لأنه أتلفه بأذن المالك) فيه إشارة إلى أنه لو أتلف بغير إرادته ضمن وكانت القيمة رهناً مع الشاة وكذا لو فعل

الرهن ذلك بدون اجازة المرتهن

قال

رقوله وأما في الغصب فلان الضمان به يعتمد قبضاً مقصوداً الخ) أقول وإذا انعدم سبب الغصب وهو القبض مقصوداً انعدم حكمه لا محالة (قوله وقيمة الغناء يوم الفسك لأنه انما صار مضموناً به) أقول الضمير في به راجع إلى الفسك (قوله إذا صار مقصوداً بالقبض) أقول إذا مات الام

قال (وتجوز الزيادة في الرهن الخ) الزيادة في الرهن مثل أن يرهن ثوباً بعشرة يساوي عشرة ثم يزيد الراهن ثوباً آخر ليكون مع الأول رهناً بالعشرة جازعاً عند علمائنا رحمهم الله والزيادة على الدين (٢٤١) لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف وقال زفر والشافعي

يوسف وقال زفر والشافعي لا تجوز الزيادة في الرهن ما جاعا والخلاف معهم في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمهر والمثمن والمثمن وهو أن يزوج المولى أمة من رجل بالف ثم زوج أمة أخرى بذلك الألف وقبل الزوج يصح العقدان ويقسم الألف عليهما وذكروا في الأسرار وطريقة البرعزي وغير ذلك أن ذلك لم يصح ونقل عن حماد الدين الضري رحمه الله أنه قال يجوز أن يكون مرادهم من قولهم لا تجوز الزيادة في المنكوحه أن يقول المولى زدتك أمة أخرى بذلك المهر أم لا وقال زوجتك هذه الأمة الأخرى بذلك المهر لزم أن يصح وقوله (ألا ترى أنه لو رهن عبداً بخمسة مائة) يعني من الدين الذي هو ألف فيكون بنصف الدين كان جائزاً ولو رهن ثوباً بعشرين نصفه بعشرة ونصفه بعشرة لم يصح وقوله (والالتحاق بأصل العقد) أفساد للجامع الذي ذكره أبو يوسف رحمه الله وهو واضح وحاصله أن الالتحاق بأصل العقد انما يتصور إذا كانت الزيادة في المعقود عليه أو المعقود به والزيادة في الدين ليست

قال (وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين) عند أبي حنيفة ومحمد ولا يصير الرهن رهناً بها وقال أبو يوسف تجوز الزيادة في الدين أيضاً وقال زفر والشافعي لا تجوز فيهما والخلاف معهم في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحه سواء وقد ذكرناه في البيوع ولا يبي يوسف في الخلافية الأخرى أن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة والامكان وإلهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشروع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشروع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن ألا ترى أنه لو رهن عبداً بخمسة مائة من الدين جاز وإن كان الدين ألفاً وهذا شيعي في الدين والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انقضاءه والالتحاق بأصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لأن الثمن بدل يجب بالعقد ثم إذا صححت الزيادة في الرهن

قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداءً وبقاءً والعقود شرعت لأحكامها وأعمالها يمكن محلاً للعقد ابتداءً للنهي عن الاقتراب والاعتثار ولا يوجد ذلك في البقاء فليتنامل انتهى على هنا كلامه أقول جوابه الذي عنده أولى ليس بشئ لأن مورد السؤال الذي ذكره صاحب العناية بقوله ولقائل أن يقول الخ انما هو قولهم في تعليل هذه المسئلة أن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن والخبر أن لم يكن محلاً للبيع ابتداءً فهو محلاً له بقاءً حيث ورد عليه أن ما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فإما معنى كون الخبر محلاً للبيع في البقاء دون الابتداء ولا شك أن القول بأن الخبر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداءً وبقاءً لا يدفع السؤال المزبور المورد على قولهم في التعليل المذكور أن الخبر لم يكن محلاً للبيع ابتداءً فهو محلاً له بقاءً بل يكون ما له تغيير تعليلهم المذكور إلى أن يقال إن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن والخبر قابل لحكم البيع ابتداءً وبقاءً فكذلك في الرهن وهذا مع كونه عدولاً عن تعليلهم المرضى عندهم ليس بصحيح في نفسه إذ لا ريب أن ما يكون محلاً للبيع وهو ملك العين لا يكون محلاً للرهن فإن حكم الرهن انما هو ثبوت يد الاستيفاء والخمس للرهن لا غير كما تقرر فيما مضى (قوله وإلهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشروع في الرهن الخ) أقول لقائل أن يقول لا فائدة لقوله وهو القياس في أثناء ذكر دليلهما لأن دليل أبي يوسف أيضاً هو القياس كما أفصح عنه تقرير المصنف إياه حيث قال إن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالثمن ثم قال والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة والامكان وعن هذا ترك صاحب السكا في القيد المذكور أعني قوله وهو القياس في أثناء تقرير دليلهما والجواب أنه ليس مراد المصنف ههنا بقوله وهو القياس الاحتراز عن أصل أبي يوسف في هذه المسئلة التي هي الخلافية الأخرى وهي مسألة الزيادة في الرهن فإن أصلهم فيها هو الاستحسان كما صرح به في النهاية وغيرها والباعث على تقيد المصنف ههنا بما ذكر الاحتراز هو أنه لما كان دليل أبي يوسف في الخلافية الأخرى هو القياس كما أفصح عنه تقريره جاز أن يتوهم أن دليلهما في هذه المسئلة هو الاستحسان لكونهما في خلافية ههنا فنبه على أن أصلهما أيضاً هو القياس في هذه المسئلة وانما الاستحسان أصلهم في الخلافية الأولى (قوله والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن) أقول لقائل أن يقول سبق وجوبه على الرهن البتة ممنوع بل جواز أن

(٣١ - تكمله ثامن) قال المصنف وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين) أقول معناه لا يكون الرهن رهناً بالزيادة لأن نفس زيادة الدين على الدين غير صحيحة لأن الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الأول جائزاً جامعاً (قال المصنف وقد ذكرناه في البيوع) أقول المذكور فيه خلافاً في زيادة الثمن وحطه لا غير (قوله أن يقول المولى زدتك أمة أخرى) أقول فإنه ليس فيه لفظ التزويج

في شيء من ذلك أما أنه غير معقود عليه فظاهر وأما أنه ليس بمعقود به فلو جوبه بسببه قبل عقد الرهن بخلاف الرهن فإنه معقود عليه لأنه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده وقوله (وتسمى هذه زيادة قصدية) يعني بخلاف نكاح الرهن فإنه ليس زيادة قصدية بل ضمنية ولهذا اختلفا حكما وقوله (واذا ولدت المرهونة ولدا) يعني إذا رهن جارية بالف تساوى ألفا فولدت ولدا تساوى ألفا فقال الراهن زدتك هذا العبد مع الولد رهننا وهو أيضا يساوى ألفا جازا للعقد ويكون العبد رهننا مع الولد دون الأم فينتظر إلى قيمة الولد يوم الفكاك وإلى قيمة الأم يوم العقد فصارا على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لأنه دخل في ضمانه بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت لأنه اذا هلك خرج من العقد وصار كأن لم يكن فبطل الحكم في الزيادة ولو قال الراهن زدتك هذا العبد مع الأم (٢٤٣) قسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض

وتسمى هذه زيادة قصدية بقسم الدين على قيمة الأول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الأول يوم القبض ألفا وقسم الدين أثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الأصل ثلثا الدين اعتبارا بقيته ما في وقتي الاعتبار وهذا لأن الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض (واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد ألف فالعبد رهن مع الولد خاصة بقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة) لأنه جعله زيادة مع الولد دون الأم (ولو كانت الزيادة مع الأم بقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها) لأن الزيادة دخلت على الأم قال (فإن رهن عبدا يساوى ألفا فألف ثم أعطاه عبدا آخر قيمته ألف رهننا مكان الأول فالأول رهن حتى يرد إلى الراهن والمسترته في الآخر أمين حتى يجعله مكان الأول) لأن الأول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض مادام الدين باقيا وإذا بقي الأول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لأنهما رضى بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما فإذا رد الأول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لأن بدل المرتين على الثاني بدأمانة وبد الرهن بد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كنه على آخر جباة فاستوفى زيوفا ظنهما جباة ثم علم بالزيادة وطالبه بالجباة وأخذها فان الجباة أمانة في يده مالم يرد الزيوفا ويجدد القبض وقيل لا يشترط لأن الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الأمانة ينوب عن قبض الهبة ولأن الرهن عينه أمانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الأمانة عن قبض العين (ولو أربأ المرتين الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في بدل المرتين يهلك بغير شيء استحسنانا) بخلاف الرهن لأن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق في الدين بالبراءة والهبة يكون الدين الذي يزيد ينأجدا حاديا وجب متأخر عن عقد الرهن من الاستقراض وغيره والجواب أن الكلام في الالتحاق بأصل العقد فالدين وإن كان متأخرا عن أصل عقد الرهن إلا أنه يثبت بالالتحاق بأصل العقد تسمية جديدة فتصير كالرهن الابتدائي ولا شك أن زمان وجوب الدين الجديد مقدم على زمان النجاة بالأصل فإن الالتحاق فرع التحقق فالهبة إذا حكم بسبق وجوبه على الرهن البتة تأمل تفهم

فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها لأن الزيادة دخلت على الأم فصارت كأنها كانت في أصل العقد فيكون الولد دخلا في حصة الأم خاصة فان مات الأم بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة نكاحا فيها لأن هلاك الأم لا يوجب سقوط الضمان بل يقرره فلا يبطل الحكم في الزيادة ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء وكأن العقد في الأم ولأولاد معها قال (فإن رهن عبدا يساوى ألفا الخ) كلامه واضح وقوله (على ما بيناه من قبل) يعني في صدر كتاب الرهن في تعليل ان تمام الرهن بالقبض وقوله (خلافًا لفرجه الله) هو يقول ان الضمان في

باب الرهن انما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد الإبراء وما قبله سواء ولهذا كان مضمونا ولا بعد الاستيفاء وإن لم يبق الدين بعده ولنا ما ذكر في الكتاب أن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالإبراء أي بسببه

(قوله وأما أنه ليس بمعقود به فلو جوبه) أقول الأصوب أن يقول أما أنه ليس بالمعقود عليه فظاهر وأما أنه ليس بالمعقود به فلان الدين واجب بسببه قبل عقد الرهن وانما قلنا ان الأصوب ذلك لأن ظاهر تقديره يدل على ان المقصود بالتقي كونه الزيادة مقصودا عليها وبها وليس كذلك اظهر وأنها ليست واجبة قبل عقد الرهن فليتأمل وتوجيه ما ذكره المصنف ارجاع الضمير إلى المخفى به المعلوم من سياق الكلام (قوله فان مات الولد بعد الزيادة) أقول قبل الفكاك (قوله وان لم يبق الدين بالإبراء) أقول لفظ الإبراء ليس في محله كما لا يخفى (قوله أول توهم الوجوب الخ) أقول فيه بحث وفي بعض النسخ عند توهم الوجود وهو الصحيح

ولاجهته لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا بالدين فان قيل سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان فانه اذا طلبه الراهن ومنع المرتهن بعد البراءة فانه يضمن وقد سقط الدين اجاب بقوله الا اذا حدث منعه لانه يصير به غاصبا لا تنفاه ولاية منعه والجواب عن صورة الاستيفاء ما ذكره على وجه الفرق بقوله ان بالبراءة يسقط الدين أصلا كما ذكرنا وبلاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو العقد الذي لزم الدين به الا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فيفضي الى الدور وقوله (فاما هو) يعني تعذرا لاستيفاء فاما الدين فهو قائم في نفسه وهو تكرر التوكيد (فاذا هلك) يعني الرهن بتقرر الاستيفاء الاول وهو الحكمي فانتقض الاستيفاء الثاني وهو الحقيقي لتلاشي التكرار الاستيفاء وقوله (وكذا اذا اشترى) معطوف على قوله ولو استوفى وقوله (لانه) أي لان كل واحد من الشراء والصلح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن ان كان باقيا أو قيمته ان هلك في يده قبل

(٢٤٣)

الرد وقوله (لانه) يعني البراءة بطريق الاداء اشارة الى الجواب عما يقال نعمة المحيل تبرأ بالحالة عما عليه فكان ينبغي أن يكون معنى البراءة فيه لك أمانة ووجه ذلك ما أشار اليه أن الحالة وان كانت ابراء لكنها بطريق الاداء دون الاسقاط (لانه يزول به) أي بعقد الحالة الخ وقوله (لانه) يعني المحال عليه (بمثلة الوكيل) عن المحيل بقضاء الدين وقوله (وكذلك لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن الخ) اختيار بعض المشايخ اختاره المصنف ومنهم من قال اذا كان التصديق بعد هلاك الرهن والدين كان واجبا ظاهرا فهو كذلك فان وجوبه ظاهرا يكفي لضمان الرهن فكان مستوفيا فاما اذا كان قبله هلك أمانة

ولاجهته لسقوطه الا اذا حدث منعه لانه يصير به غاصبا لا يبق له ولاية المنع (وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصدوق فأبرأته أو وهبته أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول أو اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا) لسقوط الدين كما في البراء ولو استوفى المرتهن الدين بابقاء الراهن أو بابقاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى ما استوفى منه وهو من عليه أو المتطوع بخلاف البراء ووجه الفرق أن بالبراءة يسقط الدين أصلا كما ذكرنا وبلاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو في نفسه فقائم فاذا هلك بتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني (وكذا اذا اشترى بالدين عينا أو صالح عنه على عين) لانه استيفاء (وكذلك اذا حال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحالة ويهلك بالدين) لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه أو ما يرجع عليه به ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل (وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين)

(قوله ووجه الفرق أن بالبراءة يسقط الدين أصلا كما ذكرنا وبلاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاذا هلك بتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني) المراد بالاستيفاء الاول هو الاستيفاء الحكمي وبلاستيفاء الثاني هو الاستيفاء الحقيقي كذا في عامة الشروح أقول ههنا نوع اشكال وهو أن الاستيفاء الحكمي الذي ثبت للمرتهن بقبض الرهن اما أن ينتقض باستيفائه الدين حقيقة بابقاء الراهن أو بابقاء متطوع قبل هلاك الرهن أو لم ينتقض بل بقي على حاله فان انتقض لم يتم قوله فاذا هلك بتقرر الاستيفاء الاول اذ قد تقرر عندهم أن المنتقض لا يعود وقد مر في الكتاب غير مرة وان لم ينتقض بل بقي على حاله يلزم أن يتكرر الاستيفاء عند استيفائه الدين بابقاء الراهن أو بابقاء متطوع وتكرره مؤداه الى الربا فسد كما مر أيضا غير مرة ويمكن أن يجاب عنه بأنه غير منتقض بل باق على حاله ولكنه في قوة الزوال والانتقاض برد المرتهن الرهن على الراهن سيما اذا وجب الرد عليه عند تحقق الاستيفاء الحقيقي كما فيما نحن فيه فكان الاستيفاء لم يتكرر عند الاستيفاء الحقيقي ما لم يتقرر الاستيفاء الحكمي بهلاك الرهن في يد المرتهن فلم يحصل فاسد هذا غاية ما يمكن في التفصي عن ذلك الاشكال وان كان لا يخلو عن نوع تكلف

لان بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبق بدون الدين

(قوله يسقط الدين أصلا كما ذكرنا) أقول آنفا (قوله وبلاستيفاء لا يسقط) أقول يعني لا يسقط الدين (قوله لقيام الموجب) أقول يعني الموجب للدين (قوله أو قيمته ان هلك في يده قبل الرد) أقول ولا ينتقض الشراء والصلح (قال المصنف وكذا لو تصادقا على أن لا دين) أقول قال الزيلعي قال في الكافي ذكر شمس الأئمة السرخسي في المبسوط اذا تصادقا أن لا دين بقي ضمان الراهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن وأما اذا تصادقا على أن لا دين والرهن قائم ثم هلك يهلك أمانة لانه بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبق بدون الدين وذكر الاسمي أنهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب لا يهلك مضمونا انتهى واختيار المصنف هلاكه مضمونا في صورتين كما لا يخفى

ووجه مختار المصنف ما ذكره من توهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه بعنى بعد التصديق على عدمه لجواز أن يتذكر أوجوبه بعد التصديق على انتفائه فتكون الجهة باقية وضمان الرهن متحقق بتوهم الوجوب وقوله (بخلاف الإبراء) راجع إلى قوله ولو استوفى وذلك لأنه من نعمة إلى ههنا نقوض على جواب الاستحسان في صورة الإبراء والاولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجهة باقية

كتاب الجنایات

ذكر الجنایات عقب الرهن لان (٢٤٤) الرهن لصيانة المال وحكم الجنایة لصيانة النفس والمال وسيلة للنفس

لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الإبراء والله أعلم

كتاب الجنایات

قال (القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب)

(قوله بخلاف الإبراء) قال صاحب العناية قوله بخلاف الإبراء راجع إلى قوله ولو استوفى وذلك لأنه من نعمة إلى ههنا نقوض على جواب الاستحسان في صورة الإبراء وقال والاولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجهة باقية انتهى أقول لا مسأغ عندي لان يكون قوله ههنا بخلاف الإبراء راجعاً إلى قوله ولو استوفى لان المصنف قال بعد ذكر مسألة استيفاء المرتين الدين فيما من بخلاف الإبراء وبين وجه الفرق بين الإبراء والاستيفاء مستوفى فلو كان قوله ههنا بخلاف الإبراء راجعاً إلى قوله ولو استوفى لتكرر الحشو في كلامه وحاشا له عن ارتكاب مثل ذلك

كتاب الجنایات

أورد الجنایات عقب الرهن لان كل واحد منهما للوقاية والصيانة فان الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجنایة لصيانة النفس ألا يرى إلى قوله تعالى ولكم في القصاص حياة ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنایات بناء على تقدم الوسائل على المقاصد كذا في أكثر الشروح قال في غاية البيان ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجنایة فانها محظورة لانها عبارة عما ليس للانسان فعله انتهى أقول ليس هذا بشئ لان المقصود بالبيان في كتاب الجنایات انما هو أحكام الجنایات دون أنفسها ولا شئ أن أحكامها مشروعة ثابتة بالكتاب والسنة أيضاً فلا معنى لتأخيرها من هذه الحينية ثم ان الجنایة في اللغة اسم لما تجنيه من شركته وهى في الاصل مصدر جنى عليه شر اجنایة وهو عام في كل ما يقع وبسوء الا أنه في الشرع خص بفعل محرم حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثاني يسمى قطعاً وجرحاً هذا زبدة ما في الكتاب والشروح (قوله القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب) قال صاحب النهاية وجه الانحصار في هذه الخمسة هو أن القتل اذا صدر عن انسان لا يخلو اما أن حصل بسلاح أو بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخلو اما أن يكون به قصد القتل أم لا فان كان فهو عمد وان لم يكن فهو خطأ وان لم يكن بسلاح فلا يخلو اما أن يكون معه قصد التأديب والضرب أم لا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو اما أن يكون جارياً مجرى الخطأ أم لا فان كان فهو هو وان لم يكن فهو القتل بسبب وبهذا الانحصار يعرف أيضاً تفسير كل واحد منها انتهى أقول فيه خلل أما أولاً فلانه جعل القتل الخطأ مخصوصاً بما حصل بسلاح وليس كذلك اذ لا شئ أن القتل الخطأ كما يكون بسلاح يكون أيضاً بما ليس بسلاح كالخمر العظيم والخسبة العظيمة وأما ثانياً فلان قوله فان كان هو هو يشبه تفسير الشئ بنفسه وأما ثالثاً فلان قوله وان لم يكن جارياً مجرى الخطأ فهو

فكان مقدماً عليها ومحاسن أجزئتها محاسن الحدود والجنایة في اللغة اسم لما يكتسب من الشر نسبية بالمصدر من جنى عليه شراً وهو عام الا أنه في الشرع خص بفعل محرم شرعاً حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلاً وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثاني يسمى قطعاً وجرحاً وسببها سبب الحدود وشرطها كون الممل حيواناً قال (القتل على خمسة أوجه) القتل لى يتعلق به حكم من قصاص ودية وكفارة وحرمان ارتكبه خمسة أوجه وذلك لانا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شئ من الاحكام المذكورة

(قوله بعنى بعد التصديق على عدمه لجواز أن يتذكر أوجوبه بعد التصديق على انتفائه) أقول فيه نظرفان الاحتمال الذي لم ينشأ عن دليل لا بد لا اعتباره في مثل ما نحن فيه من دليل (قوله وقوله بخلاف

والمراد

الإبراء) أقول قال الاتقنى قوله بخلاف الإبراء يتصل بقوله بهلك الدين والله أعلم

كتاب الجنایات

(قوله والجنایة في اللغة اسم لما يكتسب من الشر) أقول الفقه يبحث عن أفعال المكلفين فلو أريد المعنى المصدرى بالجنایة لكان أنسب وجهها بجمع الطهارات

وقال صاحب النهاية رحمه الله لا يخلو اما أن حصل بسلاح أو بغير سلاح (٢٤٥) فان حصل بسلاح فلا يخلو اما أن

كان به قصد القتل أو لا فان كان فهو العمد وان لم يكن فهو الخطأ وان لم يكن بسلاح فلا يخلو اما أن كان معه قصد التأديب والضرب أو لا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو اما أن كان جاريا مجرى الخطأ أم لا فان كان مجرى الخطأ فهو وان لم يكن فهو القتل بالسبب وبهذا الانحصار تعرف أيضا تفسير كل واحد منها وضعفه وركا كته ظاهرا ونقوله (أو ما أجرى مجرى السلاح) يعني في تفريق الاجزاء كالمحدد من الخشب وابططة القصب وهي قشره وقد تقدم

(قوله لا يخلو اما أن حصل بسلاح) أقول أو ما أجرى مجراه (قوله وان لم يكن فهو الخطأ) أقول قد يكون القتل الخطأ بغير سلاح كما إذا رمى صيدا بحجر أو خشبة فأصاب رجلا فقتله (قوله فان كان فهو شبه العمد) أقول شبه العمد لا يلزم أن يكون على قصد التأديب بل قد يكون على قصد القتل وجوابه أن ذلك بالنظر الى الآلة (قوله فان كان فهو هو) أقول هذا تعريف الشيء بنفسه ظاهرا (قال المصنف فالعمد ما تعمد ضربه) أقول أي ضرب المقتول فيخرج العمد فيما

والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام قال (فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وابططة القصب والمرودة المحددة والنار)

القتل بسبب ليس بتمام لان ما لا يكون جاريا مجرى الخطأ لا يلزم أن يكون القتل بسبب البتة بل يجوز أن يكون القتل بخطأ محض أيضا فلا يتم الحصر في القتل بسبب ولما تنبه صاحب العناية لما في وجه الحصر الذي ذكره صاحب النهاية من القصور قال في بيان قول المصنف القتل على خمسة أوجه وذلك أنا قد استنقرينا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الاحكام المذكورة كورة أحد هؤلاء الأوجه المذكورة ونقل ما ذكره صاحب النهاية من وجه الحصر فقال وضعفه وركا كته ظاهرا من غير تفصيل وبيان (قوله والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام) قال جمهور الشراح انما قيد به لان أنواع القتل من حيث هو قتل من غير نظر الى ضمان القتل وعدم ضمانه أكثر من خمسة كقتل المرتد والقتل قصاصا والقتل رجما والقتل بقطع الطريق وقتل الحربي حتى قال بعضهم وتطير هذا ما قاله محمد في كتاب الايمان الايمان ثلاثة ولم يرد به جنس الايمان لانها أكثر من ثلاثة يمين بالله ويعين بالطلاق ويعين بالعناق والحج والعمرة وانما أراد بذلك الايمان بالله تعالى انتهى أقول فيما قالوا وانظر اذا ظاهرا أن شيئا من أنواع القتل لا يخرج من الأوجه الخمسة المذكورة في الكتاب بل يدخل كل من ذلك في واحد من تلك الأوجه فان ما ذكرنا من قتل المرتد وقتل الحربي والقتل قصاصا أو رجما أو قطع الطريق يكون قتل عمدان تعمد القاتل ضرب المقتول بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح ويكون شبه عمدان تعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح ويكون خطأ أن لم يكن بطريق التعمد بل كان بطريق الخطأ الى غير ذلك من الأوجه المذكورة وانما تكون تلك الأنواع المباحة من القتل خارجة من الاحكام المذكورة لهذه الأوجه الخمسة لان نفس هذه الأوجه الخمسة فلامعنى للقول بأن أنواع القتل أكثر من خمسة فان قلت كيف يتصور خروج تلك الأنواع من الاحكام المذكورة للأوجه الخمسة للقتل لان أنفس هذه الأوجه وحكم الشيء ما يترتب عليه ويلزمه قلت قد يكون ترتب الحكم على شيء مشروطا بشروط ألا يرى أنهم جعلوا وجوب القود على المجنون والصبي أصلا العمد مع أن له شرائط كثيرة منها كون القاتل عاقلا بالغالا لا يجب القود على المجنون والصبي أصلا ومنها أن لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الاب ولده عمدا لا يجب عليه القصاص وكذا لو قتل الام ولدها وكذا الجد والجدة ومنها أن لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لا يقتل المولى بعبدته ومنها كون المقتول معصوم الدم مطلقا فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا بالمرتد لعدم العصمة أصلا ولا بالمستأمن في ظاهر الرواية لان عصمته ما ثبتت مطلقة بل مؤقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام صرح بذلك كله في عامة المعبريات فكذا كون القتل بغير حق شرط الترتيب كل من الاحكام المذكورة للأوجه الخمسة من القتل وليس شيء مما ذكرنا من الأنواع المباحة للقتل بغير حق بل كلها بحق قد دخلها في نفس أوجه القتل دون الاحكام المذكورة لها بناء على انتفاء شرط تلك الاحكام وهو كون القتل معصوم الدم وكون القتل بغير حق لا يقدح في شيء فلا يظهر أن مراد المصنف بقوله والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام هو التنبيه على أن المقصود بالبيان في كتاب الجنائيات انما هو أحوال القتل بغير حق اذ هو الذي يكون من الجنائيات ويترتب عليه أحكامها دون أحوال مطلق القتل وان كان الأوجه الخمسة المذكورة تتناول كل ذلك (قوله فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح) قال بعض الفضلاء في تفسير قوله ضربه أي ضرب المقتول وقال فيخرج العمد فيما دون النفس انتهى أقول يرد عليه النقض بمسألة ذكرت في المحيط نقلا عن المنتقى وهي أنه اذا تعمد أن يضرب يدرجل فأخطأ فأصاب

دون النفس (قال المصنف والنار) أقول ينبغي أن يكون من قبيل علفتها بتناوما باردا اذا الواقع في صورة النار هو الالتقاء فيها بالضرب بها

لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك (وموجب ذلك المأثم) لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا جزاؤه جهنم الآبية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة

عنق ذلك الرجل فأبان رأسه وقتله فهو عمد وفيه القود وان أصاب عنق غيره فهو خطأ وجه الورود أنه لم يتم في الصورة الاولى ضرب المقتول بل تعمد ضرب يده مع أنه جعل ضربه القتل العمد وأجرى عليه حكم قتل النفس وهو القود تامل (قوله لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك) أقول فيه بحث وهو أن هذا القدر من التعليل يشكل بما اذا استعمل الآلة القاتلة في القتل الخطأ كما اذا رمى شخصا بسهم أو ضربه بسيف بظنه صيدا فإذا هو آدمي أو بظنه حربيا فإذا هو مسلم وهذا من نوع الخطأ في القصد وكما اذا رمى غرضا بآلة قاتلة فأصاب آدميا وهذا من نوع الخطأ في الفعل فان استعمال الآلة القاتلة الذي جعل دليلا على القصد قد تحقق هناك أيضا مع أنه ليس بعمد بل هو خطأ محض على ما نصوا عليه فاطبة فان قلت المراد باستعمال الآلة القاتلة في التعليل المذكور استعمالها لضرب المقتول لاستعمالها مطلقا ففيما اذا رمى غرضا فأصاب آدميا لم يكن استعمالها لضرب الآدمي بل كان اغرض آخر قلت هذا التأويل انما يفيد في نوع الخطأ في الفعل دون نوع الخطأ في القصد فان استعمالها فيه أيضا لضرب المقتول لكن الخطأ في وصف المقتول فان قلت المراد استعمالها لضرب المقتول من حيث هو آدمي لاستعمالها لضربه مطلقا وفي نوع الخطأ في القصد لم تحقق الحية المذكورة قلت كون الاستعمال من هذه الحية أمر مضمهر راجع الى النية والقصد فلا يوقف عليه كما لا يوقف على العمد فلا بد من دليل آخر خارجي لم يذكروا في التعليل المزبور ثم انه لو كان مدار كون القتل عمدا مجرد استعمال الآلة القاتلة كما هو الظاهر من التعليل المزبور لما كان لقول صاحب الوقاية وكثير من أصحاب المنون القتل العمد ضرب به قصدا بما يفرق الاجزاء كسلاح ومحمد من خشب أو حجر أولبطة أو نار وجهه اذ يلزم اذ ذلك أن يكون قيد قصدا اذا تداخل لغو العدم الوقوف عليه بالغرض الا باستعمال الآلة القاتلة وهو ضرب به بما يفرق الاجزاء فيكون ذلك كره بل لما كان لقيد تعمد في الكتاب أيضا في قوله فالعمد ما تعمد ضرب به وجهه بل كان ينبغي أن يقال فالعمد ما ضرب به بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح فتدبر (قوله وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا جزاؤه جهنم خالدا فيها الآبية) أقول لقائل أن يقول الدليل خاص والمدعى عام لان ايجاب القتل العمد لما ثم والقود يعم المسلم والذي لم يسمي من أن المسلم يقاد بالذي عندنا ولا شك أن وجوب القود لا ينقل عن لزوم المأثم والآية المذكورة مخصوصة بقتل المؤمن اللهم الا أن يقال الآية المذكورة وان أفادت المأثم في قتل المؤمن عمدا فقط بعبارتها الا أنها تفيد المأثم في قتل الذي عمدا أيضا بدلالة التباين على ثبوت المساواة في العصمة بين المسلم والذي نظر الى التكليف أو الدار كما سيأتي تفصيله فان قيل بقي خصوص الدليل مع عموم المدعى من جهة أخرى وهي أن المذهب عند أهل السنة والجماعة أن المؤمن لا يخلد في النار وان ارتكب كبيرة ولم يبق فالظاهر أن المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل بدلالة خالدا فيها فكان القتل بدون الاستحلال خارجا عن مدلول الآية قلنا لا نسلم ظهور كون المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل لجواز أن يكون المراد بالخلود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر في التفاسير فلا ينافي التعميم مذهب أهل السنة والجماعة ولئن سلم كون المراد بذلك هو المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية وفي التفاسير أيضا فالآية دالة على عظم تلك الجناية وتحقيق المأثم في قتل المؤمن عمدا بدون الاستحلال أيضا

وقوله (وقد نطق به غير واحد من السنة) منها ما قال عليه الصلاة والسلام في خطبته بعرفات ألا ان دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومى هذا في شهري هذا في مقامى هذا ومنها قوله صلى الله عليه وسلم لزوال الدنيا أهون على الله من قتل امرئ مسلم

(قال المصنف وموجب ذلك المأثم) أقول قال الاتقاني قال قاضيان في فتاواه وفي ظاهر الرواية في الحديده وما يشبه الحديده كالنجاس وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص وقال في الاجناس ذكر في الشروط الكبير لابي جعفر الطحاوى انه لا قصاص في العمود من الحديده لانه لا يجرحه انتهى وسيجي من المصنف في الباب الذي يليه أن الاصح رواية الطحاوى (قال المصنف لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا الآبية) أقول لا يقال ذلك في المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية لانه لو لم يكن حراما لم يكن حال مستحله كذلك والحرام موجب المأثم

وقوله (واقود) يعني القصاص معطوف على قوله المأثم أي موجب القتل العمد الاثم في الآخرة والقصاص في الدنيا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر الآية وهو بظاهره لم يفصل بين العمد والخطا لكنه تقيد بوصف العمدية بقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود أي موجه والحديث مشهور ولان الجنابة بها أي بالعمدية تتكامل وقوله (لا شرع لها دون ذلك) أي لا شرعية للعقوبة المتناهية بدون العمدية وتقرر برحمته أن العمدية تتكامل بها الجنابة وكل ما تتكامل به الجنابة كانت حكمة الزجر عليها أكمل وقوله (والعقوبة المتناهية الخ) حجة أخرى وتقرر بها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظاهر وقوله (ثم هو) يعني القود وقوله (وهذا لانه تعين مدفع الله لالهلاك) يعني لان القاتل في الامتناع من أداء الدية بعدما استحققت نفسه قصاصا بسفه ويلقى نفسه في الهلكة فيجبر عليه وينع عنه شرعا (ولنا ما تلونا) من قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى ووجه التمسك به أن الله تعالى ذكر في الخطا الدية فتعين أن يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطا وهو العمد ولما تعين بالمد لا يعدل عنه ائلا تلزم الزيادة على النص بالرأى ووجه التمسك بالسنة أن الالف (٢٤٧) واللام في قوله العمد قود للجنس اذ لا

معهود ينصرف اليه ففيه تنصيص على أن حكم جنس العمد ذلك فن عدل عنه الى غيره زاد على النص أثر ابن عباس رضي الله عنهما في قوله العمد قود لآمال فيسه الى ذلك

(قال المصنف واقود)

أقول بفتح الواو أي القصاص ويسمى قود لانهم يقولون الجناني بحبل أو غيره قاله الازهرى (قوله لكنه تقيد بوصف العمدية بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول فيه بحث فان الاطلاق والتقييد اذا دخل على السبب نحو أدوا صدقة الفطر عن كل حر وعبد وأدوا عن كل حر وعبد من المؤمنين لم يحمل المطلق على المقيد عندنا بل يجب

قال (واقود) لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أي موجه ولان الجنابة بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك قال (الأن به فوالاولياء أو يصلحوا) لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي أخذ الدية الا برضا القاتل وهو أحد قولي الشافعي الا أن له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفع الله لالهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب أحدهما لا يعينه ويتعين باختياره لان حق العمد شرع جابر وفي كل واحد نوع جبر فيتحير ولنا ما تلونا من الكتاب وروينا من السنة والالزام من استحلاله الخلود في النار (قوله واقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية تقيد بوصف العمدية بقوله عليه السلام العمد قود أي موجه) يعني أن ظاهر الآية يوجب القود بالقصاص أي بما يوجب القتل ولا يفصل بين العمد والخطا الآية تقيد بوصف العمدية بالحديث المشهور الذي تلقته الأمة بالقبول وهو قوله عليه السلام العمد قود أي موجه قود كذا في الشروح قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان قوله عليه السلام العمد قود لا يوجب التقييد لانه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفي ما عداه لاننا نقول لم يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة انتهى أقول سؤاله ظاهر الورود ينبغي أن يحظر ببال كل ذي فطرة سليمة ولكن لم أر أحدا سواه حارم حول ذكره وأما جوابه فنظور فيه عندي لجواز أن يكون سئل النبي عليه السلام عن حكم العمد فقط بان كانت الحادثة قتل العمد فصار قوله عليه السلام العمد قود جوابا عن سؤالهم ففائدة ذكر لفظ العمد حينئذ تطبق الجواب للسؤال ومع هذا الاحتمال كيف يعين تقيد كتاب الله تعالى بالحديث المذكور تفكر (قوله ولان الجنابة بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك) أقول جعل صاحب العناية قوله ولان الجنابة بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر حجة نامية وجهه لانه قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى فقال في تقريره الاولى وتقرر برحمته أن العمدية تتكامل بها الجنابة وكل ما كان يتكامل به الجنابة كانت حكمة الزجر عليها أكمل

العمل بكل منهما اذ لا تنافي في الاسباب على ما فصل في كتب الاصول فكيف بتقيد القتل المذكور في الآية بوصف العمدية بالحديث ولعل الاولى أن يقال غير العمد من القتل قاصر في كونه قتلًا فلا يتناول المطلق لانه ينصرف الى الكامل وموضعه الاصول أيضا (قوله والعقوبة المتناهية حجة أخرى) أقول فيه بحث (قال المصنف الا أن له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل) أقول يجوز العدول الى المال من غير مرضاة القاتل مراعاة لحق من له القصاص عندنا أيضا كما ذكره صاحب الكفاية في مسألة قتل المكاتب الذي لم يترك وفاء في الباب الذي يلي هذا ولا يرد نقضنا لما نشير الى دفع ذلك النقض فيما سيجي في باب ما يوجب القصاص في مسألة قتل المكاتب (قال المصنف ولنا ما تلونا من الكتاب من قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى) أقول قال القاضي في تفسيره احتج الحنفية به على أن مقتضى العمد القود وحده وهو ضعيف اذ الواجب على التخيير بصدق عليه أنه واجب وكتب ولذلك قيل التخيير بين الواجب وغيره ليس نتحا لجوابه انتهى والمذهب عند الحنفية أنه نسخ وموضع بيانه أصول الفقه

ووجه المعقول أن المال لا يصلح موجبا في القتل لعدم المماثلة لأن الأدي مالاً مبتذل والمال مملوك مبتذل فاني يتماثلان بخلاف القصاص فإنه يصلح موجبا للتماتل وفيه زيادة حكمة وهي مصلحة الأحياء زجر الغير عن وقوعه فيه وجبر الورثة فبتعين فان قيل فكيف صلح موجبا في الخطا والفائت فيه مثل الفائت في العمد أجاب بقوله وفي الخطا وجوب المال ضرورة صون الدم عن الأهدار فإنه لما لم يمكن الاقتصاص فيه هدر الدم لم يجب المال والأدي مكرّم لا يجب أهدار دمه على أن ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس والعمد ليس في معناه حتى يلحق به وقوله (ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال) جواب عن قوله لأنه تعين مدفعاً للهلاك وذلك لجواز أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله قيل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا وقد جاز وأجيب بأن في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم وعورض بقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيلاً فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية وبأن الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الأولياء بخلاف القياس فإن الجماعة تقتل الواحد والقياس لا يقتضيه فكان لمعنى النظر للولي (٣٤٨) وذلك بتمكنه من القصاص وأخذ الدية والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض

الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وأن القصاص لمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدور فإنه شرع زجراً عما كان عليه أهل الجاهلية من افتناء قبيلة واحد لا أنهم كانوا يأخذون أموالاً كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتل وأهله لو بذلوا ما ملكوه (قوله جواب عن قوله لأنه تعين مدفعاً للهلاك) أقول فيه أنه مدفع للهلاك الشرعي بلا شبهة وذلك يكفي لغرض الشافعي لأن المراد هو كونه مدفعاً شرعياً للهلاك الشرعي والقتل المستحق فإن القاتل يكون محقون الدم بعده إذا قتله أحد الولي أو غيره يقتص فليتأمل (قوله وذلك لجواز

ولأن المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماتل وفيه مصلحة الأحياء زجر الأوجر فبتعين وفي الخطا وجوب المال ضرورة صون الدم عن الأهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعاً للهلاك

وقال في تقرير الأخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظاهر انتهى أقول ليس ذلك بسد لان صحة الحكم بأن العقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية موقوفة على كون الآية المذكورة مفيدة بوصف العمدية إذ لو كانت باقية على إطلاقها لتناولت العمد وشبهه والخطأ فلزم أن يكون القصاص الذي هو عقوبة كاملة مشروعة دون العمدية أيضاً بمقتضى إطلاقها وكون الآية المذكورة مفيدة بوصف العمدية هو المدعى ههنا فعلى تقدير أن يكون قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى يلزم المصادرة على المطلوب وأيضاً يلزم حينئذ أن لا يفيد المدعى ما جعله حجة أولى لأن نتيجة أعلى مقتضى تقريره أن العمدية كانت حكمة الزجر عليها أكمل ولا يلزم منها أن لا تتحقق حكمة الزجر في غير العمد أصلاً فيجوز أن يجب القصاص في غير العمد أيضاً زجراً عنه فلا يتم المطلوب فالصواب أن قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك من تنمة ما قبله والمجموع حجة واحدة وإن لفظ ذلك في قوله لا شرع لها دون ذلك إشارة إلى تكامل الجنابة كما ذهب إليه كثير من الشراح أو إلى توفر حكمة الزجر كما هو الظاهر والأقرب لا إلى العمدية كما زعمه صاحب العناية فيفيد مجموع المقدمات أن القود الذي هو عقوبة متناهية لا يجب في غير العمد كما لا يخفى على ذي مسكة ثم أقول بقي في كلام المصنف ههنا شيء وهو أنه قد تقرر في كتب الأصول أن مرجع الأدلة العقلية المذكورة في علم الفقه بأسرها إلى القياس وبهذا صححوا النحصر الأدلة الشرعية في أربعة وهي الكتاب والسنة وإجماع الأمة والقياس فقول المصنف ههنا ولأن الجنابة جهات تكامل الخ راجع إلى القياس وتقييد الكتاب بالقياس نسخ لا إطلاق الكتاب بالقياس وهو غير جائز كما عرف في علم الأصول فليتأمل (قوله ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعاً للهلاك)

أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه) أقول ضمير رضاه راجع إلى الولي (قوله قيل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا ولا وقد جاز) أقول بجواز الصلح عن دم العمد ثبت بالنص كما تقدم في كتاب الصلح مع أن ما ذكره كلام على السند بما لا يفيد شيئاً (قوله وأجيب بأن في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم) أقول فيه بحث لأن رضا القاتل لا يفيد ورضا الولي موجود في محل النزاع والاولى أن يكتفى في الجواب بقوله أن في الصلح المراضاة إذا لم يمنع من الأخذ فيه بعدما وجد رضا القاتل بخلاف ما نحن فيه (قوله والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا) أقول على أنه يجوز أن يكون المراد ثبوت الخيار عند إعطاء القاتل الدية وتخيره لا ينافي رضا الآخر في غير الواجب وهذا كما يقال للدائن خذ دينك إن شئت دراهيم وإن شئت دنائير وإن شئت عروضا ومعلوم أنه لا يأخذ غير حقه إلا برضا المدين كذا في شرح الزيلعي وإنما لم يلتفت الشارح لهذا الجواب لأنه يرد عليه لزوم عدم تعين القصاص لموجبة العمد حيث خير الولي بين القتل وأخذ الدية غايته أن يكون أخذ الدية برضا القاتل وعدم إفادته الشافعي لا يفيدنا فإن مطلوبنا تعين القصاص لموجبة تأمل (قوله فإنه شرع زجراً عما كان عليه أهل الجاهلية) أقول فيه بحث

ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب لان الحاجة الى التكفير في العمد أس من غيرها في الخطأ فكان أدعى الى إيجابها ولنا أنه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العباداة فلا تنطاط بمنهاتها

يعني لا يتيقن بعدم قصد الولي القاتل بعدما أخذ الدية لجواز أن يأخذها الولي من القاتل بدون رضاه ثم يقتله وهذا جواب عن قول الشافعي لأنه تعين مدفع الهلاك كذا في الشروح أقول الخصم أن يقول لاشك أنه يتعين مدفع الهلاك شرعا فان القاتل يصير محقون الدم بعده حتى لو قتل الولي بعده يقتص منه وكونه مدفع الهلاك شرعا يكفي لأخذ الدية من القاتل بدون رضاه إذا تظاهر أن القاتل لا يختار الهلاك المقرر عند تحقق الخلاص عنه شرعا بأداء المال بمجرد احتمال الهلاك عقلا بعد أداء ذلك أيضا ولو اختاره القاتل وامتنع عن أداء المال بعد ذلك سقها وألقاه لنفسه في التهلكة فينبغي أن يحجر عليه ثم أقول لعل الأولى في الجواب عن قول الشافعي لأنه تعين مدفع الهلاك أن يقال هذا تعليل في مقابلة النص من الكتاب والسنة وهو لا يجوز كما نقرر في علم الأصول قال في العناية أخذا من النهاية قيل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا وقد جاز وأجيب بأن في الصلح المراضاة والقتل بعده تظاهر العمد انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث لأن رضا القاتل لا يفيد ورضا الولي موجود في محل النزاع والأولى أن يكتب في الجواب بقوله أن في الصلح المراضاة إذا لم يمنع من الأخذ فيه بعدما وجد رضا القاتل بخلاف ما نحن فيه انتهى أقول بحسنه ساقط لأن قوله لأن رضا القاتل لا يفيد غير مسلم فان رضاه إذا اجتمع مع رضا الولي يفيد أمرا إذا دعى على رضا الولي وحده فان التصالح والتوافق من الجانبين يقطع مادة العداوة والبغض عادة وعن هذا قال الله تبارك وتعالى والصلح خير بخلاف رضا الولي وحده فان الإنسان كثير ما يندم على فعل نفسه وحده فيرجع عنه فتم قول المجيب والقتل بعده تظاهر العمد وقد كان صاحب النهاية أشار الى ما قلنا حيث قال في بسط الجواب المذكور قلت لا كذلك لانهم لما تصالحا برضاهما على المال كان وهم قصد القتل من مدفعه لأن التراضي والتصالح تأثير في دفع الشر قال الله تعالى والصلح خير ولما ورد الخيرة انتفى الشر لا محالة للتضاد بينهما ما انتهى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام من قتل له قتيلا فاهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية وبأن الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الأولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه فكان لمعنى النظر للولي وذلك يتمكن من القصاص وأخذ الدية والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وان القصاص لمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدور فانه شرع زجرا عما كان عليه أهل الجماعة من إقناء قبيلة بواحد لانهم كانوا يأخذون أموالا كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتل وأهله لو بذلوا ما ملكوه وأمثاله ماضى به أولياء المقتول فكان إيجاب المال في مقابلة القتل العمد تضيق حكمه القصاص انتهى أقول فيه نظرا لاختصاص أن يقول أنما يكون إيجاب المال في مقابلة القتل العمد تضيق حكمه القصاص أن لو كان إيجابه في مقابله على وجه التعمين وأما إذا كان ذلك لا على وجه التعمين بل على وجه تخير الولي بين أخذ المال وبين القصاص كما هو المذهب عند الخصم فلا تضيق حكمه القصاص إذ للولي حينئذ القدرة على الانتقام وتشفي الصدور باختيار القصاص فإذا لم يختره بل اختار المال كان تاركا للانتقام باختياره فكان كما إذا عفا أو صالح في إسقاط ما قدر عليه من حقه (قوله ولنا أنه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العباداة فلا تنطاط بمنهاتها) قال تاج الشريعة فان قلت بشكل يكفارة قتل صبي الحرم فانه كبيرة محضة ومع هذا تجب فيه الكفارة قلت هو جنابة على المحل وله هذا واشترك حلالا في قتل صبي الحرم يلزم جزاء واحد ولو كان جنابة الفعل لوجب جزاءان والجنابة على المحل يستوي فيه العمد والخطأ انتهى أقول في الجواب بحث أما أولا فلانه لا يدفع السؤال المذكور لان مورد مضمون الدليل المزبور وهو أن الكفارة لا تنطاط بمأه

وأمثاله ماضى به أولياء المقتول فكان إيجاب المال في مقابلة القتل العمد تضيق حكمه القصاص وإذا ثبت أن الأصل هو القصاص لم يجز المصير الى غيره بغير ضرورة مثل أن يعفو أحد الأولياء فانه تعذر الاستيفاء حينئذ وأن يكون محل القصاص ناقصا بان تكون يد قاطع اليد أقل اصعبا وأمثال ذلك وقوله (ولا كفارة فيه عندنا) أي في القتل العمد سواء وجب فيه القصاص أو لم يجب كالاب إذا قتل ابنه عدا وعند الشافعي رحمه الله يجب لان الحاجة الى التكفير في العمد أس من غيرها في الخطأ لانها أس من الذنب والذنب في العمد أعظم (ولنا أنه كبيرة محضة) وما هو كذلك لا يكون سببا لما فيه معنى العباداة والكفارة فيها ذلك وموضع أصول الفقه

وقوله (ولان الكفارة) جواب عن قياس الشافعي وهو واضح فان قيل هب أن القياس لا يصح فليجوز دلالته لانهم ما مثلان في المناط وهو السر ولا معتبر لصفة العمدية كالحرم اذا قتل الصيد عمد افانه كقتله خطأ فالجواب أن المماثلة ممنوعة فان ذنب العمد لا يستبره بالعدم صلاحيته اعلمتها كما مر فان قيل قد دل (٣٥٠) الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث وثالة بن الاسقع أتينا رسول الله صلى

الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال أعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار وإيجاب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا لان سلم لجواز أن يكون استوجبها بثبوت شبه العمد كالقتل بالحجر أو العصا الكبيرين سلمناه لكنه لا يعارض إشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالد فيها فان الفاء تقتضي أن يكون المذكور كل الجزاء فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف قال (وشبه العمد عند أبي حنيفة الخ) اختلفوا في تفسير هذا النوع من القتل فقال أبو حنيفة رحمه الله شبه العمد هو أن يتمم الضرب بما ليس بسلاح ولا أجرى مجراه سواء كان الهلاك به غالبا كالحجر والعصا الكبيرين ومدة القصار أو لم يكن كالعصا الصغيرة وقالوا هو أن يتمم الضرب بما لا يحصل الهلاك به غالبا كالعصا الصغيرة اذا لم يوال في ضربات فاما اذا ولى فيها فقبل شبه عمد عندهما وقيل عدم محض قالوا

ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الأدنى لا يعينها الدفع الأعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل قال (وشبه العمد عند أبي حنيفة أن يتمم الضرب بما ليس بسلاح ولا أجرى مجرى السلاح) وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي اذا ضرب به بحجر عظيم أو بخشب عظيم فهو عمد وشبه العمد أن يتمم ضرب به بما لا يثبت به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يثبت بها غالبا لما أنه يقصد به ما غيره كالنأديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عدم وجوب القود

كبيرة محضة لأصل المدعى وهو أنه لا كفارة في القتل العمد فاذا سلم كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة يلزم أن يشكل الدليل المزبور به سواء كان جنابة الفعل أو جنابة المحل وكون الجنابة على المحل يستوي فيه العمد والخطأ انما يفيد لو أورد السؤال على أصل المدعى فانه يمكن الجواب عنه حينئذ بأن ما قلناه في جنابة الفعل دون جنابة المحل وقتل صيد الحرم من قبيل الثانية دون الاولى وأما ثانيا فلانه قد تقرر في كتب أصول الفقه أن الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلا فلو كان قتل صيد الحرم جنابة على المحل لا جنابة الفعل لزم أن لا تصلح الكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلا (قوله ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الأدنى لا يدل على تعين الدفع الأعلى) هذا جواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطأ يعني أن تعين الكفارة في الشرع لدفع الذنب الأدنى وهو الخطأ لا يدل على تعين الدفع الأعلى وهو العمد فان كم من شيء يتحمل الأدنى للقدره عليه ولا يتحمل الأعلى للعجز عنه كذا في النهاية وغيرها قال صاحب العنابة فان قال الشافعي قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث وثالة ابن الاسقع قال أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال أعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضوا منه من النار وإيجاب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا لان سلم لجواز أن يكون استوجبها بثبوت شبه العمد كالقتل بالحجر أو العصا الكبيرين سلمناه لكنه لا يعارض إشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالد فيها فان الفاء تقتضي أن يكون المذكور كل الجزاء فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف انتهى أقول للغصم أن يقول هذا مشترك الزام اذا قصاص واجب في القتل العمد بالاجماع فلو اقتضى الفاء أن يكون المذكور بعد ما كل الجزاء لزم أن يكون القصاص أيضا مذكورا في الجزاء مع أنه لم يذكرفيه وان جعل الجزاء المذكور في الآية على الجزاء الاخرى فقط كما هو الظاهر من النظم الشريف وقيل القصاص جزاء دنوي فلهذا لم يذكرفيه بعد الفاء فليكن الامر كذلك في شأن الكفارة ثم أقول يمكن أن يجاب عنه بوجهين أحدهما أن وجوب القصاص عرف بآية أخرى وهي قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى فان دل إشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالد فيها على أن القصاص ليس من جزاء القتل العمد كالكفارة يقتضي كون المذكور بعد الفاء كل الجزاء فقد دل على عبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على وجوب القصاص في القتل العمد وقد تقرر في علم الاصول أن عبارة النص ترجح على إشارة النص عند التعارض فعملنا بعبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى

سمى هذا النوع شبه العمد لا قصاص معنى العمدية والالكان عدم اوافاقصاره انما يتصور في استعمال آلة لا يقتل به غالبا كالعصا الصغيرة فانه يقصد باستعمالها غير القتل كالنأديب ونحوه لا في استعمال آلة لا تلبث فانه لا يقصد باستعمالها الا القتل (قوله قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا الخ) أقول ذكر في الكتب الكلامية أن المراد هو المستحل لان المؤمن بارتكاب الكبيرة لا يتخذ في النار ولا أن تقول أريد بالخود المسكت الطويل والله تعالى أعلم بمراده

ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم ألا ان قتيلا خطا العمد قتيلا السوط (٢٥١) والعصا وفيه مائة من الابل رواه النعمان

ابن بشير رضي الله عنه
ووجه الاستدلال أنه عليه
الصلاة والسلام جعل قتيلا
السوط والعصا مطلقا شبه
عمد فتخصيصه به بالصغيرة
ابطال للاطلاق وهو لا يجوز
ولان العصا الكبيرة والصغيرة
تساويا في كونها ما غير
موضوعتين للقنل ولا
مستعملتين له اذ لا يمكن
الاستعمال على غرة من
المقصود قتله وبالاستعمال
على غرة يحصل القتل غالبا
واذا تساويا والقتل
بالعصا الصغيرة شبه عمد
فكذا بالكبيرة وقوله
(وموجب ذلك) أي موجب
شبه العمد على القولين
بمعنى قول أبي حنيفة
وقولهما (الاثم لانه قتل وهو
قاصد في الضرب) على ما مر
من تفسيره (والكفارة لشبهه
بالخطا والدية مغلظة على
العاقلة)

(قال المصنف وله قوله عليه
الصلاة والسلام ألا ان قتيلا
خطا العمد قتيلا السوط
والعصا الحديث) أقول
قال ابن العز الحديث حجة
عليه لانه فان العصا لا يطلق
الاعلى مالا يقتل غالبا ولا
تسمى الخشبة الكبيرة
عصا بل جذعا واسطوانة
ونحوهما وعملها فوق عمل
العصا فلا يلحق به انتهى
وجوابه أن العصا الكبيرة
اذا ضرب بها عمد عندهما

وله قوله عليه السلام ألا ان قتيلا خطا العمد قتيلا السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الالة غير
موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا
فقصرت العمدية نظرا الى الالة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال (وموجب ذلك
على القولين الاثم) لانه قتل وهو قاصد في الضرب (والكفارة) لشبهه بالخطا (والدية مغلظة على العاقلة)
وثانيهما أن القصاص جزاء المثل من وجهه وجزاء الفعل من وجه آخر كما بين في التوضيح وغيره من كتب
الاصول وأما الكفارة فجزاء الفعل من كل الوجوه على ما نقرر في كتب الاصول أيضا والظاهر من
الجزاء المضاف الى الفاعل في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا جزاؤه جهنم خالدا فيها هو جزاء فعله من
كل الوجوه فلا يلزم أن يكون القصاص مذكورا فيه بخلاف الكفارة لو أوجبناها وقال صاحب
النهاية ومعراج الدراية ههنا نقل عن الميسر والاسرار ولا وجه له لانه لا يثبت على المستعمل لان
المذكور في الآية جزاء القتل العمد واذاجل على المستعمل كان المذكور جزاء الردة ولان زيادة
الاستحلال زيادة على الشرط المنصوص فيكون نسخا وأما تأويل الخلود فعلى معنى أنه لو عامله بعدله
أو على معنى تطويل المدة مجازا يقال خلد فلان في السجن اذا طالت المدة انتهى أقول ليس شئ من
ذلك الدليلين المسوقين لعدم وجه حمل الآية المذكورة على المستعمل بمستقيم أما الاول منه ما فلان
كون المذكور في هاتيك الآية جزاء قتل العمد لا ينافي به كونه جزاء الردة أيضا على تقدير حملها على
المستعمل اذ يصير المذكور فيها على ذلك التقدير جزاء القتل العمد المخصوص وهو القتل بطريق الاستحلال
والعياذ بالله ولا شك أن القتل بهذا الطريق مستلزم للردة في الآية اذ ذلك بيان جزاء الردة التي
سببها القتل المخصوص وفي التعبير في الشرط بمن يقتل مؤمنا متعمدا دون من يرتد عن دين الاسلام فائدة
التبيين على سبب قتل المؤمن بطريق الاستحلال للارتداد الذي جزاؤه جهنم على الخلود وهذا معنى
لطيف لا يخفى وأما الثاني منه ما فلا يلزم من حمل الآية المذكورة على المستعمل زيادة الاستحلال على
الشرط المنصوص بل يكون الاستحلال حينئذ مدلول نفس الشرط المنصوص بأن يكون المراد من
متعمدا معنى مستحلا مجازا بقرينة ذكر الخلود في الجزاء كما أن أئمتنا جملوا متعمدا على هذا المعنى في قول
النبي صلى الله عليه وسلم من ترك الصلاة متعمدا فقد كفر وبأن يكون معنى من يقتل مؤمنا من يقتله
لكونه مؤمنا كما ذكر العلامة التفتازاني في شرحه للعقائد فيكون مداره على قاعدة أن ترتيب الحكم
على المشتق يقتضي عليه المأخذ ولا شك أن قتل المؤمن لكونه مؤمنا يقتضي استحلال قتله فيحصل
الدلالة على الاستحلال من نظم النص المزبور فلا يلزم النسخ أصلا والمعجب من هؤلاء الاجلاء وهم أصحاب
الميسر والاسرار والنهاية ومعراج الدراية انه كيف خفي عليهم ما ذكرنا قال القاضي البيضاوي في
تفسير الآية المذكورة وهو عندنا ما مخصوص بالمستعمل كما ذكره عكرمة وغيره ويؤيده أنه نزل في
مقيس بن حبة وجدأ خاه شاما قتيلا في بني النجار ولم يظهر قتاله فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان يدفعوا اليه ديتة فدفعوا ثم جعل على مسلم فقتله ورجع الى مكة مرتدا أو المراد بالخلود المكث
الطويل فان الدلائل متظاهرة على أن عصاة المؤمنين لا يدوم عذابهم الى هنا لفظ القاضي (قوله
وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطا) أقول الظاهر
المتبادر من قوله لشبهه بالخطا قياس وجوب الكفارة في شبه العمد على وجوبها في الخطا والحقاق
وجوبها في شبه العمد دلالة بوجوبها في الخطا وأما ما كان يرد عليه أن يقال ان تعيين الدفع الذنب الادنى
في الشرع لا يعين الدفع الذنب الاعلى كما سبق في الجواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد
على وجوبها في الخطا اذ لا شك أن شبه العمد أيضا أعلى ذنبا من الخطا المحض فان الجاني في الاول قاصد
في الضرب بخلاف الثاني وعن هذا قالوا في الاول وموجبه المأثم وفي الثاني ولا اثم فيه فالاولى في
بيان وجوب الكفارة في شبه العمد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال والكفارة لانه خطأ نظرا

(قال المصنف والكفارة لشبهه بالخطا) أقول وفيه أن تعيين الدفع الادنى لا يعين الدفع الاعلى كما سبق أنفا

(والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة) احتريز بقوله لا بمعنى يحدث من بعد عما نص الحوافيه على الدية وعن قتل الوالد وولده عمدا وعن اقرار القاتل بالقتل خطأ وقد كان قتله عمدا فان في هذه الصورة تجب الدية على القاتل في ماله وقوله (القضية عمر رضي الله عنه) يعني (٣٥٢) ما روى عنه أنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين والمروى عنه كما روى عن رسول الله صلى

الله عليه وسلم لأنه مما لا يعرف بالرأي وقوله (فالحجة عليه ما أسلفناه) قيل أراد قوله صلى الله عليه وسلم الآن قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا الحديث ولكن المعهود من المصنف رحمه الله في مثله أن يقول ما رويناه والحق أن يقال انما قال أسلفنا نظرا الى الحديث والمعنى المعقول قال (والخطأ على نوعين) انما انحصر الخطأ في نوعين لان الرمي الى شيء مثلا مشتمل على فعل القلب وهو القصد والجارحة وهو الرمي فان اتصل الخطأ بالاول فهو الاول وان اتصل بالثاني فهو الثاني وقوله (لما بيناه) اشارة الى قوله وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر رضي الله عنه

(قال المصنف والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ) أقول الاصل في وجوب الدية على العاقلة حديث جل بن مالك على ما سأتى في المعاقلة والقتل فيه كان شبه عمدا وفي معراج الدراية روى الطحاوي عن مغيرة بن شعبه أن امرأتين ضربتا أحدهما الأخرى بعمود فسقطا ففقدى عليه الصلاة والسلام عليهما

والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضي الله عنه وتجب مغالطة وسنتين صفة التغليظ من بعد أن شاء الله تعالى (ويعلق به حرمان الميراث) لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك وإن أنكر معرفة شبه العمد بالحجة عليه ما أسلفناه قال (والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي أو يظنه حرييا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الآية وهي على عاقلة في ثلاث سنين لما بيناه

الى الآلة فدخل تحت قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الآية انتهى (قوله والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ) أقول مدلول قوله اعتبارا بالخطأ أن يكون الاصل في وجوب الدية على العاقلة هو الخطأ وأن يكون وجوبها عليهم في شبه العمد ثابتا بالقياس على الخطأ وليس ذلك بواضح اذ المصنف قال في أوائل كتاب المعاقلة والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث جل بن مالك رضي الله عنه لا ولياء قوم موافقوه انتهى وقد كانت الجناية في حديث جل بن مالك شبه عمدا لا خطأ فان تفصيله على ما ذكره الشراح فاطمة في فصل الجنين من كتاب الديات أنه روى عن جل بن مالك قال كنت بين ضربتين فضربت أحدهما الأخرى بعمود فسقطا أو بسطح خيمة فألقت جنينا ميتا فاختصم أو ياءوها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لا ولياء الضاربة دمه فقال أخوها أندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ودم مثله يطل فقال عليه السلام أسبغ كسبغ الكهان وفي رواية دعني وأراجيز العرب قوم موافقوه وهكذا ذكر في المسوط أيضا ولا ريب أن قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على العاقلة على ما ذكرنا في تفصيل ذلك في الحديث انما كان بجناية شبه العمد دون الخطأ فكان وجوب الدية على العاقلة في شبه العمد ثابتا بالنص دون القياس وكان الاصل في هذا الحكم هو شبه العمد لا الخطأ فتأمل (قوله ومالك رحمه الله تعالى وإن أنكر معرفة شبه العمد بالحجة عليه ما أسلفناه) قال جهور الشراح أراد به قوله عليه السلام ألا إن قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك ولكن المعهود من المصنف في مثله أن يقول ما رويناه وقال والحو أن يقال انما قال أسلفناه نظرا الى الحديث والمعنى المعقول انتهى أقول فيه كلام وهو أن حاصل المعنى المعقول على ما قرره صاحب العناية فيما قبل قياس العصا الكبيرة على العصا الصغيرة في كونها ما غير موضوعين للقتل ولا مستعملين له ومالك منكر كون القتل بالعصا الصغيرة أيضا شبه عمدا فانه قال لا أدري ما شبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطأ اذ لا واسطة بينهما في سائر الأفعال فكذا في هذا الفعل فكيف يكون المعنى المعقول المذكور حجة عليه (قوله والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي أو يظنه حرييا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا) أقول في عبارة الكتاب ههنا اتساع فانه قال في تفسير الخطأ في القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا الخ وقال في تفسير الخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا ولا يخفى أن كل واحد من نوعي الخطأ غير منحصر بما ذكره في تفسيره بل الذي ذكره في تفسير كل واحد منهما جزئي من جزيئاته فكان أخص منه جدا في يصلح أن يكون تفسيره فكان الظاهر أن يقال في كل واحد منهما وهو نحو أن يرمى أو هو كأن يرمى اشارة الى العموم كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطأ قصدا

بالدية على عصابة القاتلة متفق عليه وهو حديث جل بن مالك في الغرة كما يجي وانتهى فكيف يقياس بالخطأ (قوله وقد كان قتله عمدا) أقول بأن ظهر ذلك بعد أخذ الدية مثلا (قال المصنف والشبهة تؤثر في ثبوت القصاص دون حرمان الميراث) أقول صرح المصنف في آخر الكتاب أن القصاص يجوز أن يثبت مع الشبهة فلا يبد من التلقيق ولا

ولا اثم فيه في الوجهين) أي النوعين لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أثم الخطأ الحديث وقوله (ويحرم عن الميراث لأن فيه اثماً) بدليل وجوب (الكفارة والحرمان يجب بأنواع القتل فيما هو جناية قبل على المورث تضمنت تهممة الاستحجال على الميراث وهذا كذلك لا احتمال أنه قصده إلا أنه أظهر الخطأ من نفسه وقد ذكرنا ذلك في شرح الرسالة ومختصر الضوء في الفرائض (٣٥٣) مستوفى بتأييد الله تعالى وقوله

(بخلاف ما إذا عمد) متصل بقوله وموجب ذلك الكفارة والدية وصورة ذلك رجل تعمداً أن يضرب يدرجل فأخطأ فأصاب عنقه فقتله فهو عمد فيه القود ولو أراد يدرجل فأصاب عنق غيره وأبانه فهو خطأ وما أجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله لأن النائم لا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطأ إلا أنه كالخطأ في الأحكام

(ولا اثم فيه) يعني في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فأما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي انشراح الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى (ويحرم عن الميراث) لأن فيه اثماً فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما إذا عمد الضرب موضعاً من جسده فأخطأ فأصاب موضعاً آخر فمات حيث يجب القصاص لأن القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه وجميع البدن كالحمل الواحد قال (وما أجرى مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله حكمه حكم الخطأ في الشرع وأما القتل بسبب كفاً بالبئر ووضع الحجر في غير ملكه وموجبه إذا تلف فيه أدى الدية على العاقلة) لأنه سبب التلف وهو متعد فيه فأنزله موقعا دافعاً وجبت الدية (ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث) وقال الشافعي يلحق بالخطأ في أحكامه لأن الشرع أنزله قاتلاً ولأن القتل معدوم منه حقيقة فألحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الأصل وهو أن كان بأثم بالحفر في غير ملكه لا بأثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه (وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها) لأن اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بالآلة دون آلة

لأن المقتول مات بشقه فكانه مات بنفسه وقوله (لأن الشرع أنزله قاتلاً) يعني في حق الضمان فكذا في الكفارة والحرمان ولما أن الكفارة تجب بالقتل وهو معدوم منه حقيقة لعدم اتصال فعله به وإنما ألحق به في حق الضمان على خلاف القياس صيانة للدماء عن الهدر فيبقى في حق غيره على الأصل فإن قيل الحافر في غير ملكه بأثم وما فيه اثم من القتل يصح تعليق الحرمان به كما ذكرتم في الخطأ أجاب بقوله (وهو أن كان بأثم بالحفر في غير ملكه) أي الاثم الحاصل بالقتل يصح تعليق الحرمان به وما ذكرتم ليس كذلك فإن اثم الحفر لا الموت وقوله (وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها)

كرميه مسلماناً صيداً أو حرياً أو فعلاً كرميه غرضاً فأصاب آدمياً انتهى ثم ان صدر الشريعة قال في شرح الوقاية الخطأ ضربان خطأ في القصد وخطأ في الفعل فالخطأ في الفعل أن يقصد فعلاً فصد منه فعل آخر كما إذا رمى الغرض فأخطأ وأصاب غيره والخطأ في القصد أن لا يكون الخطأ في الفعل وإنما يكون الخطأ في قصده فانه قصد بهذا الفعل حرياً لكن أخطأ في ذلك القصد حيث لم يكن ما قصده انتهى ورد عليه صاحب الإصلاح والايضاح حيث قال من قال الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر فعل آخر فكانه زعم أنه شرط في الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر عنه فعل آخر وليس كذلك فانه إذا رمى غرضاً فأصابه ثم رجع عنه أو تجاوز عنه إلى ما وراءه فأصاب رجلاً يتحقق الخطأ في الفعل والشرط المذكور مفقود في صورتين ثم انه أخطأ من وجه آخر حيث اعتبر القصد فيه وذلك غير لازم فانه إذا سقط من يده خشبة أولبنة فقتل رجلاً يتحقق الخطأ في الفعل ولا قصد فيه انتهى أقول كل من وجهي رده ساقط جداً أما الأول فلأن صدر الشريعة لم يشترط في الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل قال فالخطأ في الفعل أن يقصد فعلاً فصد عنه فعل آخر وهذا أعم من أن يصدر عنه الفعل الذي قصده كما صدر عنه فعل آخر ومن أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده مثال الأول ما ذكره الراد من صورتين ومثال الثاني وهو ألاكثر وقوعاً ما ذكره صدر الشريعة بقوله كما إذا رمى الغرض فأخطأ بل يجوز أن يكون قوله كما إذا رمى الغرض فأخطأ عاماً كصورتي صدور ما قصده أيضاً وعدم صدوره كما لا يخفى على ذي فطانة وأما الثاني فلأن يتحقق الخطأ في الفعل في صورة أن سقطت من يده خشبة أولبنة فقتل رجلاً ممنوع بل المتحقق هنالك ما أجرى مجرى الخطأ كالنائم ينقلب على رجل فيقتله لأن نفس الخطأ إذا لا بد فيه من صدور فعل عنه باختياره وفي صورة أن سقطت من يده شيء فقتل رجلاً لم يصدر عنه فعل باختياره بل وقع السقوط بفعله لا باختياره فصار لا محالة من قبيل ما أجرى مجرى الخطأ والكلام هنا في نفس الخطأ لا فيما أجرى مجرى الخطأ فانه قسم آخر من الأقسام الخمسة للجناية سيأتي ذكره مستقلاً فيما بعد (قوله ولا اثم فيه يعني في الوجهين) أقول كان الأولى للمصنف أن يقول يعني في كل واحد من الوجهين إذ يحصل حينئذ إصلاح أفراد الضمير أيضاً

يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد وإنما هو عمد أخطأ) لأن اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة) فان اتلاف النفس لا يقصد إلا بالسلاح وما جرى مجراه وأما ما دونها فانه يقصد اتلافه بغيره كما يقصد به الأثرى أن فوق العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة (قال المصنف لأن فيه اثماً فيصح تعليق الحرمان به) أقول لا يظهر أن يقول لانه قاتل ولا فجر وجود الاثم لا يوجد الحرمان فلا بد من نوع تكلف يعرف من الكفاية

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

لما فرغ من بيان أقسام القتل وكان من جملة العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج إلى تفصيل ذلك في باب على حدة قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد الخ) هذه ضابطة كلية لمعرفة من يجب له القصاص وحقق الدم منه أن يسفك وقوله (على التأبيد) احتراز عن المستأن من فأن في دمه شبهة الإباحة بالعود إلى دار الحرب المزية للساواة المنبئ عنها القصاص ولا بد من صفة العمدية لما يبين من قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود ومن أن الجناية بهم اتسكامل وفيه بحث من أوجه الأول أن العفو مندوب إليه وذلك بنا في وصف القصاص بالوجوب الثاني أن حقن الدم على التأبيد غير منصور لأن أنهي ما يصور منه أن يكون للمسلم في دار الإسلام وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله تعالى الثالث أنها موقوفة بمسلم قتل ابنه المسلم فأنها موجودة فيه ولا قصاص الرابع أن قيد التأبيد لثبوت المساواة وإذا قتل المستأن مسلماً يوجب القصاص ولا مساواة بينهما والجواب عن الأول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو وعن الثاني (٣٥٤) أن المراد بالحقن على التأبيد ما هو بحسب الأصل والارتداد عارض

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد إذا قتل عمداً) أما العمدية فلما يبينها وأما حقن الدم على التأبيد فلتنتفي شبهة الإباحة وتحقق المساواة قال (ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد) للعمومات وقال الشافعي رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا يقتل حر بعبد ولأن مبني القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك وهذا لا يقطع طرف الحرب طرفه بخلاف العبد بالعبد لأنهما يستويان وبخلاف العبد حيث

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

لما فرغ من بيان أنواع القتل شرع في تفصيل ما يوجب القصاص من القتل وما لا يوجبه في باب على حدة (قوله أما العمدية فلما يبينها) من قوله عليه السلام العمد قود ومن أن الجناية بهم اتسكامل كذا في العناية وغاية البيان وقال بعض الفضلاء ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عينا اه أقول فيه نظر لأن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى انما يدل على وجوب القصاص في القتل وأما كون وجوب القصاص في القتل العمد خاصة فلا تدل عليه الآية المذكورة وحدها لاطلاقها وانما يدل عليه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام العمد قود والدليل المعقول كما أفصح عنه المصنف فيما قبل حيث قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقال إنه تقييد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أي موجبه ولا أن الجناية بها

لا معتبر به ورجوع الحربي إلى داره أصل لا عارض وعن الثالث بأن القصاص ثابت لكنه انقلب ما للشبهة الأوبة وعن الرابع بأن التفاوت إلى نقصان غير مانع عن الاستيفاء بخلاف العكس وقوله للعمومات يريد به مثل قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقوله وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقوله صلى الله عليه وسلم

العمد قود ذكر قول الشافعي رحمه الله ووجهه وهو واضح

تسكامل

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

(قوله لما يبين من قوله عليه الصلاة والسلام) أقول ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عينا (قوله والجواب عن الأول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو) أقول لا يخفى أن ما ذكره مجازي لا ينبغي ارتكابه الا لضرورة ولا ضرورة إذ يجوز أن يقال إنه واجب على الأئمة لا يحل لهم أن يتركوه إذا أرادوا لول الدم الاستيفاء أو يقال هو واجب على القاتل إذا لم يسلم نفسه عند مطالبة الولي بالقصاص بأنهم وقد فسره مذهب الوجهين قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص الآية (قوله ما هو بحسب الأصل) أقول الأصل ههنا بمعنى الكثير الراجح كما لا يخفى (قوله لكنه انقلب ما للشبهة الأوبة) أقول الظاهر أن يقال حرمة الأوبة ومرارا للشارح للشبهة الناشئة من الأوبة في درء القصاص وهي شبهة الإباحة الثابتة بقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك

وقوله (وهي) أي العصمة (بالدين) يعني عنده (أو بالدار) يعني عندنا (و) العبد والحر (يستويان فيهما) فيجري القصاص بينهما فان قال جازان تكون شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستامن فكذا أثره أجاب بقوله (وجريان القصاص) ومعناه لا يصلح ذلك ما اذا وصلح الماجري بين العبدين كما لا يجري بين المستأمين وليس كذلك وقوله (والنص تخصيص بالذكور) جواب عما استدل به من المقابلة في الآية وجهه ان ذلك تخصيص بالذكور وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله والاثني بالاثني فانه لا ينفي الذكر بالاثني ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول وذلك ان ابن عباس رضي الله عنهما روى أن قبيلتين من العرب تدعى احدهما فضلاء على الاخرى (٢٥٥) اقتتلتا فقالت مدعية الفضل لا ترضى الا يقتل

الذكور منهم بالاثني منا والحر منهم يقتل العبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية رداعليهم ولم يذكر الجواب عن الاطراف وقد أجيب بان القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزء المباني فانه لا تقطع اليد الصحيحة بالسلاح ولا مساواة بينهما في ذلك لان الرق ثابت في أجزاء الجسم بخلاف النفوس فان القصاص فيها يعتمد ما في العصمة وقد تساوى فيها على ما مر قال (والمسلم والذي فيه سواء) اختلف العلماء في ثبوت اقتصاص المسلم بالذي فذهب عامة العلماء الى عدمه وذهب أبو حنيفة وأصحابه رضي الله عنهم الى ثبوتيه وهو مذهب النخعي والشعبي استدلالا بآلون بما روى أبو حنيفة قال سألت عليا رضي الله عنه هل عندك من رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى

يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان وانما ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكور فلا ينفي ما عداه قال (والمسلم بالذي) خلافا لما في له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه

تتكمال الخ فكيف يتصور ان يدرج قوله تعالى كتب عليكم القصاص في قول المصنف ههنا أما الممدية فلما بيناه كما يقتضيه قول ذلك البعض ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى تبصر (قوله وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام فان قال الشافعي جاز ان تكون شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستامن فكذا أثره أجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك ما اذا وصلح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمين وليس كذلك اه أقول هذا الشرح لا يطابق المشروح لان حاصله منع مانعية شبهة الاباحة عن القصاص وحاصل المشروح منع ثبوت شبهة الاباحة في العبد ومن النص فيه قول المصنف يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة فالصواب في الشرح ان يقال ومعناه ان شبهة الاباحة غير ثابتة في العبد والماجرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمين (قوله والنص تخصيص بالذكور فلا ينفي ما عداه) هذا جواب عما استدل به الخصم من مقابلة الحر بالحر والعبد بالعبد في الآية وجهه ان ذلك تخصيص بالذكور وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله تعالى والاثني بالاثني فانه لا ينفي ان يقتل الاثني بالذكور ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول كما يدل عليه سبب نزول هذه الآية وهو ما روى عن ابن عباس ان قبيلتين من العرب اقتتلتا وكانت احدهما تدعى الفضل على الاخرى فقالت لا ترضى الا يقتل الذكور منهم بالاثني منا والحر منهم بالعبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية رداعليهم ثم كذا في الشروح أقول لقائل ان يقول ان التخصيص بالذكور لم يدل على نفي ما عداه الا أن تعريف المسند اليه بلام الجنس يفيد القصر نحو الكرم التقوى أي لا غيرها والامير الشجاع أي لا الجبان ونحو التوكل على الله والامام من قر يش الى غير ذلك من الامثلة كما عرف في علم الادب وقد استدل الأئمة الحنفية على ان موجب القتل العمد هو القود عينيا لا واحدا من القود والدية لا بعينه بقوله عليه السلام العمد قود وقالوا وجه التمسك به أن الالف واللام في قوله العمد للجنس فتفيد القصر على القود فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه والجواب ان اللام انما يجوز حملها على الجنس اذا لم يكن هنالك معهود كما عرف في علم الادب وعلم الاصول أيضا وفي الآية المذكورة تحقق المعهود وهو ما ذكر في سبب نزولها فتحمل اللام عليه دون الجنس فلم يوجد فيها ما يقتضي القصر وقد أشار اليه في الكافي

القرآن قال لا والذي فلق الحبة وبرأ النسمة الا أن يعطى فهمافي كتابه وما في الصحيفة قلت وما في الصحيفة قال العقل وفكالك الاسير ولا يقتل مسلم بكافر وبان القصاص يعتمد المساواة في وقت الجناية ولا مساواة بينهما في وانما قيد بوقت الجناية لان القاتل اذا كان ذميا وقت القتل ثم أسلم فانه يقتص منه بالاجماع وبان الكفر مبيح لدمه اقوله تعالى وقتلوه ثم لا تكون فتنة أي فتنة الكفر فيميت

(قوله وقد أجيب بان القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزء المباني) أقول يعني لا يكفي فيها المساواة في العصمة بل لابد من المساواة في الجزء المباني في كونه معيبا وسلامته من العيب فطرف العبد معيب بخلاف طرف الحر

شبهة عدم المساواة ولنا ما روى محمد بن الحسن عن ابراهيم رجه - ما الله ان رجلا من المسلمين قتل رجلا من أهل الذمة فرفع ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انا (٢٥٦) أحق من وفي بذمته ثم أمر به فقتل وفي دلالة على المطلوب

جلام لا يبارى ورد بان مداره على ابن السلمي وهو ضعيف قال صالح بن محمد الحافظ رحمه الله ابن السلمي حديثه منكر روى عنه ربيعة أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلما معا وهو مرسل منكر وقال الدارقطني ابن السلمي لا يقوم به حجة اذا وصل فكيف اذا أرسل والجواب ان الطعن بالارسال والطعن بالمهم من أئمة الحديث غير مقبول وقد عرف في الاصول (ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف) يعني عنده (أو الدار) يعني عندنا فثبت وقوله (والمبيح كفر المحارب) جواب عن قوله وكذا الكفر مبيح وتفسيره أنا لان لم ان مطلق الكفر مبيح بل المبيح كفر المحارب قال الله تعالى فانلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية وقوله

لألساواة بينهم ما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بذمي ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف أو الدار والمبيح كفر المحارب دون المسلم والقتل بعنقه يؤذن بانتفاء

حيث قال بعد ذلك كفاية المقابلة ببيان سبب النزول فكان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس (قوله وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ان الكفر مبيح لديه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة أي فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة اه أقول قد حمل الشبهة المذكورة في الكتاب هنا على شبهة المساواة وهو خبط ظاهر أما أولا فلان المصنف قد صرح بقيل هذا بعدم المساواة بينهم ما على طريق الجرم حيث قال لانه لا مساواة بينهم ما وقت الجناية فكيف يتم ان يقول بعده كون الكفر مبيحا يورث شبهة عدم المساواة ويجعله استدلالا آخر فلهذا لا يكون هذا منافيا لما سبق أو مستدركا وأما ثانيا فلان سيقتول في الجواب من قبلنا عن هذا الاستدلال والمبيح كفر المحارب دون المسلم والقتل بعنقه يؤذن بانتفاء الشبهة وذلك قطعي الدلالة على ان ليس المراد بالشبهة المذكورة هنا شبهة عدم المساواة اذ لا شك ان قتل الذي بعنقه لا يؤذن بانتفاء شبهة عدم المساواة بين المسلم والذمي وانما يؤذن بانتفاء شبهة عدم الاباحة في دم الذي فالصواب أن المراد بالشبهة هنا شبهة الاباحة كما هو مقتضى تفريع قوله فيورث الشبهة على قوله وكذا الكفر مبيح وقد صرح بذلك في المسئلة السابقة فينتظم السباق والحق بلا غبار كما لا يخفى (قوله ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف أو الدار) قال صاحب العناية في حل هذا التعايل ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف يعني عنده أو الدار يعني عندنا اه أقول وزع الشارح المذكور قول المصنف نظرا الى التكليف أو الدار الى المذهبين كما ترى فحمل قوله الى التكليف على مذهب الشافعي وقوله أو الدار على مذهبنا لكنه محل نظر لان المصنف لما قال في تعليل المسئلة السابقة ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار قال الشارح المذكور وسائر الشراح أيضا هناك وهي أي العصمة بالدين يعني عنده أو بالدار يعني عندنا فقد حملوا قول المصنف بالدين على مذهب الشافعي واذا كان المعتمد في ثبوت العصمة عند الشافعي هو الدين فكيف يتم القول هنا بثبوتها عنده بمجرد التكليف بدون تحقق دين الاسلام كما يقتضيه شرح صاحب العناية في هذا المحل ثم أقول لعل كلمة أو في قول المصنف نظرا الى التكليف أو الدار بمعنى الواو كما في قوله

سيمان كسر رغيغه * أو كسر عظم من عظامه

فيكون المجموع على مذهبنا ويؤيده ما وقع في بعض النسخ من كلمة الواو بدل كلمة أو وعبارة الكافي والتبيين أيضا فان المذكور فيه ما في هذا المقام ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وقد وجدت نظرا الى الدار والى التكليف اه فان قلت لم تحمل المجموع على مذهبنا مع ابقاء كلمة أو على أصل معناها قلت لان التكليف وحده لا يقتضي العصمة الموجبة للقصاص الا يرى انه اذا قتل مكلف ولو كان مسلما في دار الحرب لا يجب القصاص صرح به في عامة المعتمرات فلا بد من أن يكون في دار

الاسلام

والقتل بعنقه لدفع قوله فيورث الشبهة أي قتل الذي بالذمي دال على أن

كفر الذي لا يورث الشبهة اذ لو أورتها لما جرى القصاص بينهما كما لا يجري بين الحربيين فان قيل يورث الشبهة اذا قتله مسلم

(قوله ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف يعني عنده أو الدار يعني عندنا) أقول ولهذا يقتل

الذي بالذمي

قلنا فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص وقوله (والمراد بما روى) جواب عما استدلوا به من حديث علي رضي الله عنه وتقريره ما ذكره الطحاوي رحمه الله في شرح الآثار الذي حكاه أبو جحيفة عن علي رضي الله عنه لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن موصولا بغيره وهو قوله ولا ذوعهد في عهده واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله (لسياقه ولا ذوعهد في عهده) ووجه ذلك انه عطف هذا على الاول والعطف للغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لادائه الى ان لا يقتل ذوعهد مدة عهده وان قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذوعهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل اليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذوعهد هو الحربي بالاجماع فيقدر بكافر حربي واذا لا بد من تقدير حربي بقدر في المعطوف عليه كذلك والالكان ذلك أعم والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه من الوجوه فإفرضناه دليلا لا يكون دليلا هـ ذا خلف باطل فان قيل فما كيفية قتل المسلم بالحربي حتى صح نفيه وقتلهم واجب فالجواب من جهتين أحدهما المسلم (٣٥٧) دخل دارهم بأمان فقتل كافرا حربيا فهو

حرام لكن لا يقتص منه والثاني ان يقتل من لا يحل قتله من أهل الحرب كالنساء والصبيان وهذه المسئلة من معارك الآراء لا طائل تحت تطويلها فلنقتصر على ما ذكرنا وقوله (ولا يقتل) يعني المسلم (بالمستأمن) لانه غير محقون الدم على التأييد كما تقدم في أول الباب (ولان كفره باعث على الحرب لانه على قصد الرجوع) الى داره فكان كالحربي

الشبهة والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذوعهد في عهده والعطف للغايرة قال (ولا يقتل بالمستأمن) لانه غير محقون الدم على التأييد وكذلك كفره باعث على الحرب لانه على قصد الرجوع

الاسلام أيضا (قوله والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذوعهد في عهده والعطف للغايرة) يعني ان المراد بالكافر في قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر هو الحربي بدليل سياقه وهو قوله ولا ذوعهد في عهده فانه معطوف على مؤمن فالعنى ولا يقتل ذوعهد بكافر ولا شك ان ذالعهده وهو الذي انما لا يقتل بالحربي دون الذي فان جريان القصاص بين الذميين مجمع عليه فان قيل لم لا يجوز ان يكون المراد بذى العهد في الحديث هو المسلم دون الذي قلنا لان العطف يقتضي المغايرة فلا جرم يكون المراد بذى العهد المعطوف على المؤمن غير المسلم وقد أشار اليه المصنف بقوله والعطف للغايرة فان قيل ولم لا يجوز ان يكون قوله ولا ذوعهد في عهده ابتداء كلام أى لا يقتل ذوعهد في مدة عهده قلنا لان الواو للعطف حقيقة خصوصا فيما لا يكون مستقلا بنفسه والمراد بالاول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذا في الثاني تحقيقا يقتضي العطف من المناسبة بين الجملة بين هذا جملة ما في الكافي وأثر الشروح في هذا المقام أخذ من المبسوط والاسرار وقال صاحب العناية في شرحه هذا المحل قوله والمراد بما روى جواب عما استدلوا به من حديث علي رضي الله عنه وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار الذي حكاه أبو جحيفة عن علي لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن كان موصولا بغيره وهو قوله ولا ذوعهد في عهده واليه أشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذوعهد في عهده ووجه ذلك انه عطف هذا على الاول والعطف للغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لادائه الى ان لا يقتل ذوعهد مدة عهده وان قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذوعهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل اليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذوعهد هو الحربي بالاجماع فيقدر بكافر حربي واذا لا بد من تقدير حربي بقدر في المعطوف عليه كذلك والالكان ذلك أعم والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه من الوجوه فإفرضناه دليلا لا يكون

(قوله قلنا فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص) أقول لم لا يجوز أن يقال يجوز أن يكون قبل قتله المسلم معصوما نظرا الى مثله وغير معصوم بالنسبة الى المسلم الا أن يقال

(٣٣ - تكمله ثامن) العزيمة لا تجزى (قوله والعطف للغايرة) أقول قال الاتقاني وانا في هذا الكلام نظر لاننا نقول نعم العطف للغايرة ولكن لم يعطف قوله ولا ذوعهد على كافر لانه لو عطف عليه لقل بالحرب بل هو عطف على مؤمن ولكن نقول ان الذي يقتل بالذي بالاتفاق فعلم أن المراد بالكافر الحربي لا الذي اه فيه بحث وفي الكفاية فان قيل جاز أن يراد بذى العهد المسلم قلنا العطف يقتضي المغايرة اه وبمـذا يخرج الجواب عما ذكره الاتقاني فليتأمل (قوله فيقدر ولا ذوعهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل اليه من ربه والمؤمنون) أقول له ان يقول هذا مثل قوله عليه الصلاة والسلام من قتل معاهدا لم يرح رائحة الجنة فكان الوعيد فيه لمن قتله بغير حق فكذا انتهى في هذا الحديث عن قتله بغير حق وله نظائر (قوله والالكان ذلك أعم) أقول أى الكافر الذي في المعطوف عليه أعم من الحربي (قوله فإفرضناه دليلا) أقول أى على التقدير (قوله لا يكون دليلا هذا خلف باطل) أقول المقدر في الثاني لفظ كافر كما في الأول فيصالح الأول قرينة على تقدير الثاني وتقييده بالحربي بدليل آخر فتدبر

(ولا يقتل الذي بالمستأمن) لما بينا (ويقتل المستأمن بالمستأمن) قياسا للساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيع (ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وبنافص الاطراف وبالمجنون) للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التفاضل

دليلا هذا خاف الى هنا لفظ العناية أقول فيه خلل من وجوه الاول ان الاعم انما لا يدل على الاخص بوجه من الوجوه من حيث خصوصية الاخص أي لا يدل الاعم على أن يكون المراد منه هو الاخص وحده وهذا معنى ما يقال في العلوم العقلية لادلالة للعام على الخاص باحدى الدلالات الثلاث وأما من حيث اندراج الاخص تحت ذلك الاعم فيدل عليه قطعا بواسطة دلالاته على معناه العام الشامل لذلك الاخص وغيره أيضا ألا يرى أنا اذا قلنا كل حيوان متحرك بالارادة فلا شك انه يدل على كون الانسان متحركا بالارادة كسائر الحيوانات لا ندراجا تحت الحيوان وكذا حال سائر الكليات بالنظر الى ما تحتها من الجزئيات وهذا أمر لا ستره به ففما نحن فيه لو لم يقدر حربي في المعطوف عليه وكان كافرا أعم من الحربي والذي لدل على أن لا يقتل مؤمن بشئ من أفراد الكافر وحصل مطلوب الشافعي ولم يلزم أن لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي دليله على مدعاه كما زعمه الشارح المزبور والثاني ان عدم كون ما فرضناه دليلا للشافعي دليله لا يقتضي تقدير شئ في الحديث اذ لا يتبع تعيين معنى الحديث جعل الشافعي ذلك الحديث دليلا على مدعاه بل جعله دليلا عليه انما يصح بعد تعيين معناه فامعنى الاستدلال على عدم عموم الكافر في الحديث يلزم ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي دليله على تقدير عموميه كما هو مقتضى تقرير الشارح المزبور والثالث ان ما عده محدثا وهو ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي دليله لازم أيضا على تقدير ان يقدر حربي في المعطوف عليه بمقتضى رأيه لان الحربي مبين للذي لا محالة وعدم دلالة أحد المتباينين على الآخر أظهر من عدم دلالة الاعم على الاخص فان لزم من أن يكون كافرا في الحديث أعم أن لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي دليله فلا يلزم من أن يقيد كافر في الحديث بحربي أن لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي دليله أولى فكيف يثبت تقدير حربي على رأيه وبالحالة قد خرج الشارح المزبور في توجيه الحديث المذكور عن سنن الصواب بالكلية فضل عن سبيله ثم ان صاحب الغاية اعترض على قول المصنف والعطف للغايرة حيث قال ولنا في هذا المقام نظرا لانا نقول نعم العطف للغايرة ولكن لم يعطف قوله عليه السلام ولا ذوه عهد على كافر لانه لو عطف عليه لقبل بالحرب بل هو عطف على مؤمن ولكن نقول ان الذي يقتل بالذي بالاتفاق فعلم أن المراد من الكافر الحربي اه أقول نظره في غاية السقوط لان قول المصنف والعطف للغايرة ليس لبيان مغايرة ذوه عهد في الحديث لكافر حتى يتجسه ما توهمه من أن قوله عليه السلام ولا ذوه عهد لم يعطف على كافر بل لبيان مغايرته مؤمن دفعا لاحتمال أن يكون المراد بذوه عهد في الحديث هو المؤمن أيضا وعلى هذا الاحتمال لا يظهر كون المراد بكافر هو الحربي اذ المؤمن لا يقتل بالذي أيضا عند الشافعي فلا يسلم التقييد بحربي وأما اذا كان ذوه عهد غاير المؤمن فكان المراد به هو الذي يتعين أن يكون المراد بكافر هو الحربي والاي لزم أن لا يقتل الذي بالذي أيضا مع ان خلافه مجمع عليه والمجيب أن كون مقصود المصنف من قوله والعطف للغايرة ما ذكرناه مع وضوحه في نفسه يرشد اليه جدا تقرير صاحب الكافي وبعض الشراح المتقدمين فكيف لم يطلع عليه ذلك الشارح (قوله ولا يقتل الذي بالمستأمن) قال جماعة من الشراح وهو قوله ولا ذوه عهد في عهده وحله صاحب العناية على قوله لانه ليس محقون الدم على التأييد ولم يقبل رأي هؤلاء الشراح حيث قال ولا يقتل الذي بالمستأمن لما بينا أنه ليس محقون الدم على التأييد وقيل هو اشارة الى قوله عليه السلام ولا ذوه عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود منه في مثله لما رويناه ولا نقدرنا

(ولا يقتل الذي بالمستأمن) لما بينا انه ليس محقون الدم على التأييد وقيل هو اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم ولا ذوه عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود منه في مثله لما رويناه ولانا قد درنا ذلك بكافر حربي الا اذا أريد هناك بالحربي أعم من أن يكون مستأمنا أو محاربا وهو الحق ويغنيان عن السؤال عن كيفية قتل المسلم الحربي والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا لان التقدير المذكور ليس بمرئى وانما هو تأويل فلم يقل لما رويناه وقوله (العمومات) يعني الآيات الدالة بعمومها على وجوب القصاص وقد ذكرناها وقوله (ولان في اعتبار التفاوت الخ) يصلح لجميع ما خالفنا فيه الشافعي رجه الله

(قوله لان التقدير المذكور ليس بمرئى) أقول يعني غير مذكور على قصد الرواية بل لتتميم الدليل

قال (ولا يقتل الرجل بابنه الخ) لا يقتل الانسان بولده لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده وهو معلول بكونه سببا لحياته وهو وصف معلل ظهر أثره في جنس الحكم المعلن به فانه لا يجوز ان يقتل والده وان وجدته في صف الاعداء مقاتلا أو وجدته زانيا وهو محصن فيجوز ان يتعدى به الحكم من الوالد الى الجسد مطلقا والى الام والجدات كذلك فانهم أسباب لحياته فلا يجوز ان يكون سببا لافنائهم - ثم قوله (والقصاص يستحقه المقتول) جواب عما يقال الوارث (٢٥٩) يستحق افناءه لا الولد ولا محذوره فيه ولو

قال فمن المحال ان يتسبب لفناؤه لاستغنى عن هذا السؤال والجواب وقال مالك رحمه الله ان ذبحه بقاتله لا انتفاء شبهة الخطا من كل وجه بخلاف ما اذار ما بسيف أو سكين فان فيه توهم التأديب لان شفقة الابوة تمنعه عن ذلك فيمكن فيه نوع شبهة قال المصنف رحمه الله (وهو باطلاقة حجة على مالك رحمه الله) وطوبى بالفرق بين هذا وبين من زنى بابنته وهو محصن فانه يرجم أجيب بان الرجم حق الله تعالى على الخلوص بخلاف القصاص لا يقال فيجب ان يحذر ان يجرى بجارية ابنة لان حق الملك بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لا يسلك صار شبهة في الدرر

(قال المصنف والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه) أقول القصاص طريقه الخلافة عند أبي حنيفة دون الوراثة كما سيجي في باب الشهادة

والتفاني قال (ولا يقتل الرجل بابنه) لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقة حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لحياته فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجدته في صف الاعداء مقاتلا أو زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه

ذلك بكافر حربى الا اذا أريد هنالك بالحربي أعم من أن يكون مستأمنًا أو محاربًا وهو الحق ويغنيان عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا ان التقدير المذکور ليس بمرئى وانما هو تأويل فلم يقل لما بينا الى هنا كلامه أقول في قوله ويغنيان عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه نظر لانه اذا أريد هنالك بالحربي ما هو أعم من المستأمن والمحارب يرد السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحارب فان قتل المحارب واجب فاعني نفيه في الحديث فيحتاج الى الجواب عنه بالوجهين الذين ذكرهما من قبل وانما يحصل الغنى عن السؤال والجواب اذا كان المراد بالحربي هنالك هو المستأمن فقط كما هو الاحسن وجرم به صاحب البدائع حيث قال وأما الحديث فالمراد من الكافر المستأمن لانه قال لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذوة عهد في عهد عطف قوله ولا ذوة عهد في عهد على المسلم فكان معناه لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذوة عهد به ونحن به نقول اه (قوله ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده) قال تاج الشريعة قلت خص به عموم الكتاب لانه لحقه الخصوص فان المولى لا يقتل بمسئد ولا بعبد ولده وذكر الامام البرزوي أن هذا حديث مشهور نقلته الامة بالقبول فصلح محصنا أو ناسخا حكم الكتاب اه أقول الحق ما ذكره الامام البرزوي لا ما قاله تاج الشريعة من عند نفسه لان حاصل ما قاله ان الكتاب في حكم القصاص صار محاص منه البعض بعدم اقتصاص المولى بعبد ولا بعبد ولده فصارت ظنيا فجاز تخصيص قتل الوالد ولده من عموم الكتاب الدال على وجوب القصاص في القتل بالسنة ولو كانت من أخبار الاحاد ولكنه غير تام ان قد تقر في الاصول ان العام الذي خص منه البعض انما يصير ظنيا اذا كان تخصيصه بكلام مستقل موصول به وأما اذا كان البعض من العام مخيرا بدليل مفصول عنه فيكون عموم منسوخا لا مخصوصا ويصير قطعيا في الباقي ولا شك ان ما يخرج قتل المولى عبده أو عبده ولده عن آية القصاص ليس كلاما موصولا بها فلا ينافي قطعيتها فلا يجوز اخراج قتل الوالد ولده عن الخبر واحد بل لا أقل من أن يكون المخرج حديثا مشهورا كما عرفت في أصول الفقه فلا بد من المصير هنا الى ما ذكره الامام البرزوي (قوله والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه) قال الشراح هذا جواب عما يقال الوارث يستحق افناءه لا الولد ولا محذوره فيه وقال صاحب العناية بعد ذلك ولو قال فمن المحال ان يتسبب لفناؤه لاستغنى عن هذا السؤال والجواب اه أقول فيه بحث اذ لا يرى جهة سببية للمقتول لفناء القاتل سوى استحقاقه القصاص فلو قال فمن المحال ان يتسبب لفناؤه فأما ان أراد بتسببه لفناؤه استحقاقه القصاص فيرد عليه السؤال المزبور ويحتاج الى الجواب المذكور وأما ان أراد به شي سوى استحقاقه القصاص وهو غير معلوم فكيف

في القتل فلا يلائمه كلام المصنف وجوابه أن فيه شبهة الوراثة وشبهة الخلافة فتارة يعين الاولى وتارة يعين الثانية احتمالا في درء القصاص فليتأمل فان هذا كلام اجالى كتبه تذكرا (قوله ولو قال فمن المحال ان يتسبب لفناؤه) أقول وأنت خير بأن عبارة المصنف تؤدي هذا المعنى اذ معناها فمن المحال ان يستحق لاجله افناؤه ولا يدل على كون المستحق المقتول (قوله لأن شفقة الابوة تمنعه عن ذلك) أقول أي تمنعه عن التعمد

وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لانه سبب لحيائه وقوله (ولا ولده) بالرفع معطوف على الضمير المستكن في يستوجب وجاز ذلك بلا تأكيد بمنفصل لوقوع الفصل بمعنى ولا يستوجب ولده على أبيه إذا قتل الأب عبد ولده وقوله (ومن ورث قصاصا على أبيه) مثل أن يقتل الرجل أم ابنه مثلا وقوله (ولا يستوفي القصاص إلا بالسيف) يعني إذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفي إلا بالسيف وقال الشافعي رحمه الله ينظر إن كان قتل بفعل مشروع مثل أن قطع يد رجل فمات منه فعل به مثل ذلك وعمل مثل تلك المدة فإن مات والا تحز رقبتة وإن كان بغير مشروع كان سقاها الخمر حتى قتله أو لاط بصغير فقتله يقتل بالسيف لأن مبنى القصاص المساواة وذلك فيما ذكرنا لأن فيه مساواة في أصل الوصف والفعل المقصود به (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود إلا بالسيف وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا) فإن قيل يحتمل أن يكون المراد لا قود يجب إلا بالسيف أجيب بأن القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالفصاح دون ما يجب شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يؤول إليه وهو هذا مختار صاحب الاستبصار ونحوه السلام رحمه الله قدره بلا قود يجب إلا بالسيف واستدل به لا بى حنيفة (٢٦٠) رحمه الله في نفي القصاص عن القتل بالمثل وقد قررناه

في التقرير وقوله (ولان فيما ذهب إليه) دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله لان مبنى القصاص على المساواة ووجهه لان السلم وجود المساواة فيما ذهب إليه لان فيه الزيادة لولم يحصل المقصود بمثل ما فعل لان فيه الخبز بعد فعل مثل ما فعل به وأنه غير جائز لادائه إلى انتفاء القصاص فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم فان من كسر عظم انسان سوى السن عمدا فانه لا يقتص منه وإذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة فلا يجوز ترك البعض أولى قال (واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث إلا المولى

والجدة من قبل الرجال أو النساء وان علا في هذا بمنزلة الأب وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أو بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال (ولا يقتل الرجل بعبد ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده) لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزأ قال (ومن ورث قصاصا على أبيه سقط) لحرمة الابوة قال (ولا يستوفي القصاص إلا بالسيف) وقال الشافعي بفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات ولا تحز رقبتة لان مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود إلا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب إليه استيفاء الزيادة لولم يحصل المقصود بمثل ما فعل فوجب التحرز عنه كما في كسر العظم قال (واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث إلا المولى وترك وفاء له القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا أرى في هذا قصاصا) لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولد ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعتي هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة ولا إلى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسألة لان حكم ملك اليمين

يتم بناء الدليل عليه تدبر تفهم قوله والجدة من قبل الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزلة الأب وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أو بعدت لما بينا أقول من العجائب هنا ان الامام الزاهدي قال في شرح مختصر القدرى قلت ذكر الجدة في الهداية من قبل الام ولم يطلقها وذكر فيها الاجداد من قبل الرجال والنساء والام ولم يذكر الجدة من قبل الأب أصلا فوقع لي شبهة في الجدة من قبل الأب وقد زالت بحمد الله تعالى بما ذكر في كفاية البيهقي قال ولا يقتل أصول المقتول به وان علا خلافا لما لك فيما اذا ذبحه ذبحا اه وأنت ترى أن الجدة من قبل الأب مذكورة في الهداية هنا صراحة فكيف خفيت عليه حتى وقعت له شبهة في أمرها (قوله ولنا قوله عليه السلام لا قود إلا بالسيف والمراد به السلاح) قال صاحب العناية في حل هذا المحل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود إلا بالسيف وهو نص على نفي استيفاء

الخ) اذا قتل المكاتب عمدا فلا يخلو إما أن ترك وفاء أولم يترك فان كان الأول فلا يخلو إما أن يكون له وارث القود غير المولى أولا فان كان الثاني فللمولى القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا أرى في هذا قصاصا واستدل بما ذكر في الكتاب وكأنه عام حول الدرع بالشبهات ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين الخ وهو في الحقيقة نفي اعتبار مثل

(قوله ويلحق به ما كان سلاحا) أقول بأبي عن اللاحق قول المصنف والمراد به السلاح نوع اباء (قوله فان قيل يحتمل أن يكون المراد لا قود يجب إلا بالسيف) أقول لا يمكن ان يورد هذا من طرف الشافعي لأن القتل بالمثل بوجوب القود عنده (قوله أجيب بأن القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالفصاح دون ما يجب شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يؤول إليه) أقول كان مراده ان خبر لا اذا كان من الافعال الخاصة بيجب ذكره فلهذا يجب ليس خبرا لا بل هو معتبر في مفهوم القود فانه يصدق ان يجب اذا كان وحدي مقابلة القتل بالسيف والخبر هو موجود وفيه بحث فان المراد به الوجود الشرعي ولا يلزم اعتبار الوجوب في القود كما في المعنى الآخر فتدبر ثم اعلم ان ضمير عليه في قوله والحمل عليه راجع إلى ما في قوله دون ما يجب شرعا

هذه الشبهة لا انحطاطها
عن درجة الاعتبار لان
السبب اذا رجعا الى شخص
وحكمه ما لم يختلف صارا
كسب واحد لحكم واحد
وأما اذا رجعا الى شخصين
كألو كان له وارث غير المولى
واختلف حكمهما كالمسئلة
المستشهد بها فيمكن ان
تكون معتبرة فان كان
الاول فلا قصاص وان
اجتمع والوجود الاشتباه
على ما ذكر لان الصحابة
رضي الله عنهم اختلفوا
في موته على نعت الحرية
أو الرق فانه على قول على
وابن مسعود رضي الله عنهما
يموت حرا اذا أدبت كتابته
فيكون الاستيفاء لورثته
وعلى قول زيد بن ثابت
رضي الله عنه يموت عبدا
فيكون استيفاء القصاص
للمولى (بخلاف الاولى فان
المولى منع من فيها) وان
كان الثاني وهو ما اذا مات
ولم يترك وفاء فواضح كما ذكر
ولم يذكر ما اذا مات ولم
يترك وفاء ولا وارث له أوله
ورثة أرقاء لعدم الفائدة في
ذكره لان حكمه حكم
المذكور في الكتاب

(قال المصنف وان لم يترك
وفاء وله ورثة أحرار وجب
القصاص للمولى في قولهم
جميعا) أقول قال في
الكفاية وذ كشيخ الاسلام
يريد به لم يترك وفاء ولم يكن في
قمنه وفاء بالمكاتبة أيضا
فأما اذا كان في قمنه وفاء
بالمكاتبة لا قصاص فيه

بغير حكم النكاح (ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى) لانه اشتبه من
له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا اظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في
موته على نعت الحرية أو الرق بخلاف الاولى لان المولى منع من فيها (وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار
وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا) لانه مات عبدا بل ارب لا نفسا خ الكتابة

القود بغيره ويلحق به ما كان سلا حاه أقول فيه خلل لانه اذا كان نصا على نفي استيفاء القود بغير السيف
فكيف يلحق به دالة ما كان سلا حاه من غير السيف وهل يتصور أن يدل كلام واحد على نفي شي وثباته
وما والحق أن يكون المراد بالسيف في الحديث المزبور السلاح مطلقا بطريق الكناية كما أشار إليه
المصنف بقوله والمراد به السلاح وصرح به صاحب الكافي والكفاية حيث قال ولنا قوله عليه السلام
لا قود الا بالسيف أي لا قود يستوفي الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رضي الله
عنهم وقال أصحاب ابن مسعود لا قود الا بسلاح وانما كنى بالسيف عن السلاح اه وقال في النهاية فان
قيل يحتمل أن يكون المراد من الحديث لا قود يجب الا بالسيف لأن يكون معناه لا قود يستوفي الا
بالسيف قلنا القود اسم لفعل هو جزاء القتل دون ما يجب شرعا وان حل عليه كان مجازا ولان القود قد
يجب بغير السيف كالقتل بالنار والابرة فلم يمكن حمله عليه لوجود وجوب القود بدون القتل بالسيف وانما
السيف مخصوص بالاستيفاء اه وذكره هذا السؤال في العناية أيضا ولكن قصر الجواب عنه فيها على
الوجه الاول من الوجهين المذكورين في النهاية أقول في ذلك الوجه من الجواب نظر لانه انما يتم أن
لو كان مدار السؤال على احتمال أن يراد بلفظ القود المذكور في الحديث ما يجب شرعا وأما اذا كان
مداره على احتمال أن يقدر في الحديث لفظ يجب بعد قوله لا قود كما هو الظاهر من عبارة السؤال فلا يتم
ذلك اذ لا مجاز حينئذ في لفظ القود فان قلت المصير الى التقدير ليس بأسهل من المصير الى التجوز فيحصل
المطلوب وهو لزوم العدول الى خلاف الظاهر من عبارة الحديث على الاحتمال الآخر قلت لا يحصى عن
تقدير شي على المعنى الذي حملوه عليه أيضا فان معنى الحديث على ذلك لا قود يستوفي الا بالسيف كما
صرحوا به فلا بد من تقديره معنى الاستيفاء ومثل ذلك معونة المقام ليس بعزيز في كلام البلغاء فلا يتم
التقريب (قوله ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص) أقول أطلق الوارث هنا ولم يقيد بالحر وقيد
في الصورة الآتية بذلك حيث قال وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وكان الأولى أن يعكس الامر فانه اذا
كان الوارث هنا رقيقا فالظاهر انه يجب القصاص للمولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما في الصورة
السابقة ليكون حق الاستيفاء حينئذ للمولى خاصة اذ لا ولاية للارقاء على استيفاء القصاص قط فلم يشتبه
من له الحق هناك فانه المولى على كل حال ان مات عبدا فبالملك وان مات حرا فبالولاء وأما اذا كانت
الورثة أرقاء في الصورة الآتية فيجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا كما اذا كانت الورثة أحرارا
لانه مات عبدا في تلك الصورة بل ارب والتقييد بالاحرار يشعر بكون الحكم في الارقاء خلاف ذلك
بناء على ان مفهوم المخالفة معتبر عندنا أيضا في الروايات كما صرحوا به فالا حسن ما ذكره صاحب الكافي
حيث قال في هذه الصورة ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وقال في الصورة الآتية وان لم
يترك وفاء وله ورثة أحرار ولا وجب القصاص للمولى عندهم فان قلت الرقيق لا يكون وارثا لان الرق
أحد الامور الاربعة التي تمنع عن الارث كما تقر في علم الفرائض فلا احتياج الى تقييد الوارث بالحر بل
لا وجه له لاشعاره بكون الرقيق أيضا وارثا قلت المراد بالوارث هنا من كان من شأنه ان يرث والرقيق
كذلك لانه يرث عند زوال الرق عنه لا من يرث بالفعل فيتحمل التقييد بالحرية ولا يلزم أن لا يتم تقييد
الورثة بالاحرار في الصورة الآتية أيضا مع أنها قيدت بها في الكتاب بل في أصل الجامع الصغير للامام
الرباني (قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا) قال صاحب

بمخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينسخ بالعجز (واذا قتل عبد الرهن في يد المرتبه لم يجب القصاص حتى يجمع الرهن والمتره) لان المرتبه لا ملك له فلا يملكه والراهن لو تولا لم يملك حق المرتبه في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتبه برضاه قال (واذا قتل ولي المعتوه فلا يبيح ان يقتل)

وقوله (بمخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء) يعني لا يجب القصاص لان ملك المولى لا يعود بموته ولا ينسخ بالعجز ما عتق منه وقوله (واذا قتل ولي المعتوه) يعني ابنه (فلا يبيح) وهو جلد المقتول الاستيفاء

العناية ولم يذكرا اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له أو له ورثة ارقاء لعدم الفائدة في ذكره لان حكمه حكم المذكور في الكتاب اه اقول هذا كلام خال عن التحصيل لان كون حكمه حكم المذكور لا يقتضي عدم الفائدة في ذكره بل يكون بيان كون حكمه حكم المذكور عين الفائدة في ذكره الا ترى أن أكثر المسائل المذكورة في أبواب هذا الكتاب وفصوله متحدة الاحكام مع انه لا مجال لأن يستغنى بذكر بعضها عن ذكر الآخر على ان تخصيص من له ورثة أحرار بالذكر يشعر بكون الحكم في غير المذكور خلاف حكم المذكور على قاعدة كون المفهوم معتبرا في الروايات كما ذكرنا من قبل فلا بد من بيان شيء يفيد كون الحكم في المذكور حكم المذكور فالوجه في الاعتذار عن ترك ذلك أن يقال ان حكم المذكور ههنا معلوم من حكم المذكور بالاولوية على طريقة دلالة النص فانه اذا وجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا فيما اذا كان له ورثة أحرار فلا يجب القصاص للمولى وحده فيما اذا لم يكن له وارث أصلا أو كان له ورثة أرقاء أولى كما لا يخفى (قوله بمخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينسخ بالعجز) قال في غايه البيان قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وايس هذا كالعبد المعتق بعضه اذا مات عاجزا لانه ذكر في المنتقى عن أبي حنيفة أن لا قصاص لان عجز المالك بكتاب ينسخ به الكتابة فكأنهم لم تكن وموت المعتق لم ينسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اه اقول فيه نظر قدم من قبل أن أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هو أن اختلاف السبب الذي لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف الحكم لا يبالى به واهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما اذا قتل المالك عبد او ليس له وارث سوى المولى وترك وفاء فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند أبي حنيفة في مسألة معتق البعض اذا مات عاجزا بأن المولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اذ لا إفضاء الى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا الى اختلاف الحكم فنأين لا يثبت له الاستحقاق عنده عجزا باختلاف السبب ثم أقول لعل مراد المصنف بقوله بمخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء ما اذا كان له وارث غير المولى يرشد اليه ذكر مخالفة هذه المسئلة في حيز قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار الخ فينبذ بفتح تميم ما أجله المصنف في تعليله بقوله لان العتق في البعض لا ينسخ بالعجز بأن يقال فالمولى يستحق القصاص في البعض المملوك بالملك والوارث يستحقه في البعض المعتق بالارث فيكون السببان راجعين الى الشخصين فيبالي باختلافهما لا لفضاء الى المنازعة تأمل توقف (قوله واذا قتل ولي المعتوه فلا يبيح ان يقتل) يعني اذا قتل قريب المعتوه فلا يبيح المعتوه ان يقتل أي له ولاية استيفاء القصاص من القاتل قال صاحب العناية في شرح هذه المسئلة واذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه فلا يبيح وهو جلد المقتول الاستيفاء اقول هذا تقصير في بيان المسئلة فان من كان القصاص له حق المعتوه دون أبيه غير منحصر في ابن المعتوه بل يعم ابنه وغيره كاخيه وأخته لام من غير أبيه وكأمة المطاوعة من أبيه وغير ذلك وعبارة الكتاب تحمل التعميم فان ولي المعتوه يعني قريبه يعم الكل فإما معنى تخصيص المسئلة مع عموم جوابها وصاحب النهاية أصاب في تفسيره ولي المعتوه ولكن أفسد بعده حيث قال واذا قتل ولي المعتوه أي قريبه وهو ابنه يعني اذا كان للمعتوه ابن فقتل ابنه فلا يبيح

ويجب قيمته على القاتل في ماله لأن موجب العمد وان كان هو القصاص الا انه يجوز العدول الى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص كما اذا كانت يد القاطع سلاء كان للقطوع يده العدول الى المال بغير رضا القاطع مراعاة لحق صاحب القصاص لما لم يجد مثل حقه بكامله فكذا هنا جاز العدول الى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص لان وجوب القيمة أنفع له لانه يحكم بحريته وحرية أولاده اذا أدى بدل الكتابة من قيمته اه والمراد اذا كان في الفات مال به حتى لا يخالف مذهبا على ما سبق

(لأنه من باب) (الولاية على النفس شرع لا مرجع إليها) أي إلى النفس (وهو تشني الصدر فيليه كالانكاح) ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ فإنه يملك الانكاح دون القصاص لأنه شرع للتشني وللأب شفقة كاملة بعد ضرر الولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشني كالحاصل للأب بخلاف الأخ (وله) أي لولي المعتوه (أن يصالح) لكن على قدر الدية فإن نقص يجب كمال الدية لأنه أتطرق في حق المعتوه وقوله (لماذا كرنا) إشارة إلى (٢٦٣) قوله لأنه من الولاية على النفس وقوله

(لأنه ليس له ولاية على نفسه) أي نفس المعتوه (وهذا) أي الاستيفاء (من قبيله) ويندرج تحت هذا (الاطلاق) يريد قوله والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك وقوله (أن الوصي لا يملك الصلح) يعني عن النفس وأما عمادونه فإيما به وقوله (وأنه) أي المال (يجب بعقده) أي بعقد الوصي

(قوله ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ فإنه يملك الانكاح دون القصاص) أقول قال الانتقاني قال بعض الشارحين في هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فإن الأخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فاقول هذا ليس بشئ لأن الأخ يملك استيفاء القصاص إذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والأب لا يملك الانكاح إذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه فإذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الانكاح أيضا لأن من يستحق الدم

لأنه من الولاية على النفس شرع لا مرجع إليها وهو تشني الصدر فيليه كالانكاح (وله أن يصالح) لأنه أتطرق في حق المعتوه وليس له أن يعفو ولا أن يملك حقه (وكذلك أن قطعت يد المعتوه عمدا) لماذا كرنا (والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك لأنه لا يقتل) لأنه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الإطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فإنه لم يستثن إلا القتل وفي كتاب الصلح أن الوصي لا يملك الصلح لأنه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا أن المقصود من الصلح المال وأنه يجب بعقده كما يجب بعقد الأب بخلاف القصاص المعتوه وهو جسد المقتول ولاية استيفاء القصاص اه واقتنى أثره جماعة من الشراح والحق ما قدمناه من التعميم وغاية ما يمكن في توجيه كلامهم أن يحمل ما ذكره على التمثيل دون التخصيص (قوله لأنه من الولاية على النفس شرع لا مرجع إليها وهو تشني الصدر فيليه كالانكاح) قال صاحب الغاية قال بعض الشارحين في هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فإن الأخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فأقول ليس هذا بشئ لأن الأخ يملك استيفاء القصاص إذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والأب لا يملك الانكاح إذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه فإذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الانكاح أيضا لأن من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكروا لا نفي في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره إلى هنا لفظ الغاية * أقول ما ينسب إلى بعض الشارحين قول كل الشارحين سواء ورد عليهم مردود فإنه ناشئ من عدم فهم معنى المقام ومراد الشراح لأن معنى المقام أنه إذا قتل أحد من كان القصاص له حق المعتوه دون حق غيره كان لأبي المعتوه ولاية استيفاء القصاص من القاتل نيابة عن المعتوه كاله ولاية انكاح المعتوه والصبي ومراد الشراح التنبية على أن ليس كل من يملك انكاح الغير يملك استيفاء القصاص من قبل الغير فإن الأخ مثلاً يملك انكاح المعتوه والصبي ولا يملك استيفاء القصاص من قبلهما بخلاف الأب فإنه يملكهما معا ويبدو وجه الفرق بأن القصاص شرع للتشني وللأب شفقة كاملة بعد ضرر الولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشني كالحاصل للأب بخلاف الأخ فقول صاحب الغاية لأن الأخ يملك استيفاء القصاص إذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والأب لا يملك انكاحه فإنه يملك ذلك باستحقاقه أيام بنفسه كما هو الظاهر من تعليقه بقوله لأن من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى فهو مسلم ولكن لا أساس له بالمقام ولا بما قاله الشراح فإن الكلام ههنا في ولاية استيفاء القصاص نيابة بدون أن يستحق القصاص بنفسه أصالة وهو معنى المسئلة التي نحن فيها كما يفسح عنه جدا عبارة المحيط البرهاني فإنه قال فيه وإذا وجب القصاص لصغيرا ومعتوه في النفس أو فمادون النفس وله أب ولا حتى للأب في هذا القصاص فإن الأب يملك استيفاءه عند علمائنا خلافا للشافعي اه وإن أراد بذلك أن الأخ يملك ذلك نيابة عن الغير أيضا وإن لم يستحقه بنفسه أصالة فهو ممنوع جدا ولم أر في شيء من كتب الفقه أن أحدا ذهب إليه وقال به والدليل الذي ذكره في الفرق بين الأب وغيره ههنا يقتضي خلاف ذلك قطعاً (قوله وله أن يصالح لأنه أتطرق في حق المعتوه)

هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والانتفى في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره اه وفيه بحث لأن ما ذكره فيما إذا قتل الأخ وكلام الشارحين فيما إذا كان الأخ المعتوه والأب حتى (قوله لأنه شرع للتشني) أقول هذا تعليل لقوله ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص الخ

لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو أولى
وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كمال يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو
التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانما خلقت وقاية للنفس
كالمال على ما عرف فكان استيفاءه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة
الاب في الصحيح ألا ترى ان من قتل ولاولى له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلة فيه

قال جمهور الشراح هذا فيما اذا صالح على قدر الدية أما اذا صالح على أقل من الدية لم يجز الخط
وان قل ويجب كمال الدية اهـ وكذا ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز وقال صاحب الغاية قال
بعضهم في شرحه هذا اذا صالح على مثل الدية أما اذا صالح على أقل من الدية لم يجز الخط وان قل ويجب
كمال الدية وانما فيه نظر لان افظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح أبي المعتوه
عن دم قريبه مطلقا لانه قال وله أن يصالح من غير قيد بقدر الدية فينبغي أن يجوز الصلح على أقل من
قدر الدية عملا باطلاقه وانما جاز صلحه على المال لانه أنفع للمعتوه من القصاص فاذا جاز استيفاء
القصاص فالصلح أولى والنفع يحصل في القليل والكثير ألا يرى أن الكرخي قال في مختصره واذا وجب
لرجل على رجل قصاص في نفس أو في ماله فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز
قليلا كان المال أو كثيرا كان ذلك دون دية النفس أو أرض الجراحة أو أكثر الى هنا لفظه * أقول نظره
ساقط فان لا أصحاب التخريج من المشايخ صرف اطلاق كلام المجتهد الى التقييد اذا اقتضاه الفقه كما
صرحوا به وله نظائر كثيرة في مسائل الفقه فيجوز أن يكون الامر هنا كذلك والظاهر أن الشراح
أخذوا التقييد هنا من كلام مشايخنا المتقدمين من أصحاب التخريج ولا يبعد أن يصل بعض من أنفس
الشراح أيضا الى تلك الرتبة فلا يقدح فيما قالوا اطلاق ظاهر لفظ محمد رحمه الله في هذه المسئلة
ثم ان قوله وانما جاز صلحه على المال لانه أنفع للمعتوه من القصاص مسلم وقوله والنفع يحصل في القليل
والكثير ممنوع فان في القصاص تشفي الصدر ومادون الدية في مقابلة تشفي الصدر لا يعتد بنفعه عرفا
ولاية الاب للمعتوه نظرية فلا بد أن يكون تصرفه في حق المعتوه من قبيل ما يعتد بنفعه عرفا وعادة وأما
تنويره بما ذكره الكرخي في مختصره فليس بصحيح جدا فان الذي نقله عن مختصر الكرخي ما اذا كان
المصالح صاحب حق القصاص بنفسه وصلح صاحب الحق عن حقه على كثير من المال وقليله جائز
بل ارباب اذله اسقاط حقه بالسكينة بلا أخذ عوض عنه أصلا فتركه بمقابلة مال وان قل أولى بخلاف
ما نحن فيه فان المصالح هنا ولي صاحب حق القصاص وهو أبوه لانفس صاحب الحق وهو المعتوه فلا
بد في تصرفه من النظر الى الحق لكونه ولا يثبت نظرية وبالجمله مدار كلامه هذا أيضا عدم الفرق
بين التصرف لنفسه اصاله وبين التصرف لغيره نيابة ثم أقول بقي شيء في أصل الدليل الذي ذكره
المصنف بقوله لانه أنظر في حق المعتوه من القصاص وهو أن الصلح على مال اذا كان أنظر في
حق المعتوه من القصاص كان ينبغي ان لا يملك الاب استيفاء القصاص من قبل المعتوه عند امكان
المصالحة على المال لان ولاية الاب على المعتوه لما كانت نظرية كان عليه ان يراعي ما هو الا نظر له
ويمكن ان يجاب عنه بأن كون الولاية نظرية لا يستدعي وجوب العمل بما هو الا نظر لان في
خلافه أيضا حصول أصل النظر بل انما يقتضي أولوية العمل بذلك ولم ينف أحد أولوية المصالحة
على المال فيما نحن فيه على ان كون المصالحة أنظر في حق المعتوه من القصاص من كل
الوجوه ممنوع ودلالة عبارة الكتاب عليه أيضا ممنوعة فيجوز أن تكون المصالحة أنظر في حقه من
وجه وهو حصول منفعة المال له ويكون القصاص أنظر له من وجه آخر وهو دفع سبب الهلاك عن

قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار الخ) اذا كان أولياء القتل صغارا وكبارا فاما أن يكون فيهم الاب أو لافان كان فلهم الاستيفاء عند علمائنا رحمه الله بالاتفاق وان لم يكن فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقال ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ووجهه ما طاهر على ما ذكر ووجهه أبي حنيفة رحمه الله مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه فانه في الغائب موهوم فالاستيفاء يقع مع الشبهة وهو لا يجوز وفي الصغير ما يؤس حال (٢٦٥) الاستيفاء فانتفى الشبهة واذا انتفى الشبهة وهو حق لا يتجزى لثبوت

بسبب لا يتجزى وهو القرابة بثبت لكل واحد كمالا كالولاية في الانكاح واعتراض بانه لو كان كذلك لما سقط القصاص بعفو أحدهما كما لو تعدد القتل وعفا أحدهما والولاية استيفاء قصاص لغيره ولاية استيفاء قصاص قتيله لا محالة وأجيب بان الحق واحد ولو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال فيسقط القصاص وينقلب ما لا نظر للجانبين بخلاف ما اذا تعدد القتل فان الحق غنة متعدد فلا يلزم من سقوط بعض سقوط غيره

(قوله فاما أن يكون فيهم الاب) أقول أي أب المقتول أو أب الصغير (قوله لثبوت بسبب لا يتجزى وهو القرابة) أقول كيف يكون سببه القرابة وهو ثبت للزوج والزوجة (قوله واعتراض بانه لو كان كذلك) أقول أي لو ثبت لكل واحد كمالا (قوله وأجيب بأن الحق واحد ولو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال)

قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار فالكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة وقال ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار) لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزى وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولين وله أنه حق لا يتجزى لثبوت بسبب لا يتجزى أو هو القرابة

نفسه فانهم صرحوا بان المقصود بالقصاص نشفي الصدر أو دفع سبب الهلاك عن نفس ولي المقتول كما أشير اليه بقوله تعالى ولكم في القصاص حياة فثبت لا يلزم أولوية العمل بالمصلحة رأسا فضلا عن وجوبه (قوله ومن قتل وله أولياء صغار وكبار) قال صاحب النهاية والكفاية في شرح هذا المجل بان كان للقتول أخوان أحدهما صغير والآخر كبير أقول هذا الشرح لا يطابق عبارة المشروح لان لفظ الاولياء في المشروح صبغة الجمع وكذا لفظ الصغار والكبار فكيف يتصور تصوير معنى المشروح بان كان للقتول أخوان أحدهما صغير والآخر كبير ولا يساعده لفظ الاولياء فضلا عن لفظي الصغار والكبار والظاهر في التصوير أن يقال بان كان للقتول أخوة به منهم صغار وبعضهم كبار وغاية ما يمكن في توجيه كلامه ذلك الشارحين ان يقال ليس مقصودهما شرح كلام المصنف على وفق عين عبارته بل مقصودهما مجرد تصوير المسئلة على وجه يتضمن الإشارة الى انه لا احتياج في تحقيق مادة هذه المسئلة الى تحقيق معنى الجمعية لاني جانب الصغير ولا في جانب الكبير بل ولا في مجموع الجانبين أيضا (قوله كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولين) قال صاحب النهاية في شرح قوله أو كان بين المولين أي وأحدهما غائب واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحال * أقول ليس هذا بشرح صحيح عندي اذ لو كان مراد المصنف بهذا المعنى لكان ذكر قوله أو كان بين المولين مستندرا كما محض اذ يتناول حديث قوله كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب فيستغنى عن قوله أو كان بين المولين وأيضا لو كان مراده ذلك لما قدم قوله وأحدهما غائب على قوله أو كان بين المولين بل كان عليه أن يؤخر قوله وأحدهما غائب عن ذلك لئلا يتعلق بمجموع القولين فلا يحتاج الى التقدير في الثاني والصواب في شرح قوله أو كان بين المولين أن يقال أي وأحدهما صغير اذ لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين المسد كورين بل يكون كل من قوله المزبورين إشارة الى مسألة مستقلة مغايرة للآخرى وبواقع صريح ما ذكر في المبسوط فانه قال فيه في باب الوكالة بالدم من الديات صورة مسألة المولين فيما اذا كان العبد مشتركا بين الصغير والكبير فقتل العبد ليس للكبير ولاية استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغار بالاتفاق اه تبصر (قوله وله أنه حق لا يتجزى لثبوت بسبب لا يتجزى وهو القرابة) أقول في تمام الاستدلال بعدم تجزى سبب القصاص وهو القرابة على عدم تجزى قصاص نفسه خفاء فان العقل لا يجد محذورا في كون السبب بسيطا والسبب مركبا كيف والظاهر أن القرابة التي لا تجزى كما انها سبب لاستحقاق ولي القتل القصاص في القتل العمد كذلك هي سبب أيضا لاستحقاقه الدية في القتل الخطا مع انه لا شك ان الدية تتجزى

(٣٤ — تكمله فامن) أقول ان أراد كان ثابتا في حق غير العافي ساقطا في حقه فاستحالته ممنوعة وان أراد كان ثابتا مطلقا ساقطا كذلك فلا يلزم من عدم السقوط في حق غير العافي فيجوز أن يسقط في حق العافي وغرته انه لا يقدر بعد العفو على القصاص ويثبت في حق غيره ولعل الاظهر أن يقال لما كان الحق واحد وسقط في حق العافي أو رث الشبهة في حق الباقي لما أنه واحد فكان ثابتا من وجه ساقط من وجه وما هو كذلك فيه شبهة عدم الثبوت والشبهة تؤثر في سقوط القصاص

وقوله (ومسئلة المولين ممنوعة) جواب عن قوله أو كان بين المولين وسند منعه ما ذكر في الاسرار لارواية في عباد أعنفه رجلان ثم قتل أو قتل وله مولين فيجب وزان يقال لانسلم ان أحدهما لا يتفرد بالاستيفاء واثن سلفا فأحد المولين انما لم يتفرد بالاستيفاء لان السبب لم يكمل في حقه لان بعض الملك وبعض الولا ليس بسبب أصلا فكأننا كشخص واحد والواحد منه كما كنصف رجل وشطر علة وقوله (ومن ضرب رجلا بمرأه) واضح

(قوله واثن سلفا فأحد المولين انما يتفرد بالاستيفاء) أقول فيكون قوله أنه حق لا يتجزى مخصوصا بما اذا لم يكن السبب القرابة كما لا يخفى (قال المصنف وفيه خلاف أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول فيه أن قضية المساق أن يقول وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد فليتامل (قال المصنف وهي مسئلة الموالاة) أقول فيه بحث بل تلك أعم منها فان القتل بالسوط قد يكون بدون الموالاة كما اذا ضرب صغيرا فمات منه وجوابه أن الضمير عائد الى خلافة الشافعية لا الى مسئلة القتل بالسوط مطلقا فافهم

واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كفا في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة المولين ممنوعة قال (ومن ضرب رجلا بمرأه فقتله فان أصابه بالحديد قتل به وان أصابه بالعود فعليه الدية) قال رضي الله عنه وهذا اذا أصابه بحديد لوجود الجرح فكمل السبب وان أصابه بنظر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن أبي حنيفة اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما بينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان وأما اذا ضرب به بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلًا بالمنقل وفيه خلاف أبي حنيفة على ما بين وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وهي مسئلة الموالاة لأن الموالاة في الضربات الى ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا الا ان قيل خطأ العمد يروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتأديب أو لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعبرى أول الفعل عنه وعساه أصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجب الدية

لانها مال والمال متجزى لا يرب فلا يظهر في بيان ككون القصاص حقا لا يتجزى ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية اثناء تقرير دليل الامامين وهو ان القتل غير متجزى لانه تصرف في الروح وذال لا يقبل التجزى ثم ان بعض الفضلاء طعن في قولهم هنا ان سبب القصاص هو القرابة حيث قال كيف يكون سببه القرابة وهو ينبت للزوج والزوجة اه أقول نعم ينبت للزوج والزوجة بل للمعتق والمعتقة أيضا كما صرحوا به مع ان السبب في الزوج والزوجة هو القرابة وفي المعتق والمعتقة هو الولاء دون القرابة الا ان الظاهر ان قولهم ههنا هو القرابة إما بناء على التغليب لكون أولياء القتييل في الاكثر قرابته وإما بناء على انهم أرادوا بالقرابة هنا الاتصال الموجب للارث دون حقيقة القرابة فيم الكمال (قوله واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كفا في ولاية الانكاح) قال الشراح وجهه أبي حنيفة مبني على ثبوت التفرقة بين الصغير والكبار الغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه فان العفو في الغائب موهوم حال استيفاء القصاص لجواز ان يكون الغائب عفا والحاضر لا يشعر به فلو استوفى كان استيفاء مع الشبهة وهو لا يجوز وأما العفو في الصغير فأبوس حال استيفاء القصاص لانه ليس من أهل العفو وانما يتوهم العفو منه بعد بلوغه والشبهة في المال لا تعتبر لان ذلك يؤدي الى سد باب القصاص لاحتمال ان يندم ولي المقتول على قتله وقال في النهاية كذا في مبسوط شيخ الاسلام والجامع الصغير للإمام المحبوبي * أقول لقائل ان يقول اذا لم يكن للغائب شعور أصلا يكون قريبه مقتولا بان كان في مسيرة سنة من لا من موضع القتل فأنى يتوهم منه العفو في الحال اذا العفو عن الشيء فرع الشعور به حيث لا شعور به لا يتصور العفو عنه ومسئلة الغائب نعم مثل هذه الصورة أيضا فكيف يتم فيها ما ذكره من التفرقة ثم أقول يمكن ان يدفع ذلك بأنه يجوز ان يقول ذلك الغائب في ذلك الموضع في تلك الحالة أو قبلها كل حق يثبت لي على الغير فاني عفوته وبرئته منه فيندرج في هذه الكلية عفوه عن قتل قريبه أيضا ولا يلزم الشعور بخصوصه فهذا الاحتمال في صورة أن كان بعض الاولياء غائبا وان كان موهوما يورث شبهة في الحال فلا يستوفى القصاص بها بالاجماع ولعل حل هذا المقام بهذا الوجه مما لا بد منه وقد أهدم له الجمهور (قوله ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلًا بالمنقل وفيه خلاف أبي حنيفة) أقول كان حق التحرير هنا ان يقول وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد رحمه الله لان الحكم المذكور فيما سبق في أصل المسئلة وجوب الدية عند الاصابة بالعود لا وجوب القود عند ذلك وخلاف أبي حنيفة في وجوب القود في القتل بالمنقل لا في وجوب الدية فيه فان وجوبها فيه عين

وكذا قوله (ومن غرق صبيا) و (كأينما) إشارة إلى قوله بفعل به كإفعل ان كان فعلا مشروعا وقوله (لهم) أي لابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول (٣٦٧) وقوله (ولامراء في العصمة) أي لاشك فيها وقوله (ومنه) المقصدة

للجلمين) الجلم الذي يجزبه وهما جلمان

(قال المصنف لهم قوله عليه الصلاة والسلام من غرق غرقناه) أقول دليل الشافعي فلا يرد أن مذهبهم ما ان لا قودا لا بالسيف (قال المصنف وله قوله عليه الصلاة والسلام ألا ان قتل خطأ الممد قتل السوط والعصا) أقول والخلاف فيه ثابت والمنشأ واحد فلذلك استدله على مطالوبه تأمل (قوله لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول) أقول ويجوز لهما الاستدلال بالحديث في نفي وجوب الدية وأما القصاص بالتغريق فلم يعمل به لوجوه ودنص أقوى منه لا قودا لا بالسيف ولا يلزم منه أن يكون مستروكا بالكلية ويجوز للشافعي الاستدلال بالمعقول أيضا في التوزيع بحث كما لا يخفى (قال المصنف ومنه المقصدة للجلمين) أقول قال الكاكي سميت المقصدة مقصدة لان

قال (ومن غرق صبيا أو بالغافي البحر فلا قصاص) عند أبي حنيفة وقال لا يقتص منه وهو قول الشافعي غير أن عندهما يستوفي حزا وعنده يغرق كما ينذاه من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الآلة قاتلة فاستعملها أمانة الحمدية ولا مراء في العصمة وله قوله عليه السلام ألا ان قتل خطأ الممد قتل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ ريش ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه اتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم الحمدية ولان القصاص ينبي عن المماثلة ومنه يقال اقتص أثره ومنه المقصدة للجلمين

مذهب أبي حنيفة وانما الخلاف فيه لابي يوسف ومحمد وقصور تحرير المصنف هنا مع كونه ظاهرا جدا لم يتعرض له أحد من الشراح لان جهة القدرح ولا من جهة التوجيه فكأنهم لم ينتبهوا له (قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه) قال صاحب النهاية وقوله لهم أي للشافعي ولهم ما لكن للشافعي الاستدلال بالحديث ولهم ما الاستدلال بالمعقول اه وتبعه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال وقوله لهم أي لابي يوسف ومحمد والشافعي لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول اه أقول لا مساعدة في عبارة المشروح لهذا المعنى لان المصنف أعاد لام التعليل في المعقول حيث قال ولان الآلة قاتلة وذلك يقتضي ان يكون قوله ولان الآلة قاتلة الخ معطوفا على قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه فلم يبق في حديث قوله لهم إلا الحديث فلا مجال للتوزيع لانه انما يتصور أن لو كان المعنى لهم الحديث والمعقول وعبارة الكتاب تقتضي أن يكون المعنى لهم الحديث ولهم المعقول وهذا لا يكون إلا بشاركة مجموعهم في كل واحد من الدليلين تأمل توقف وقال صاحب الكفاية بعد ذكر ما ذكره صاحب النهاية اذ للشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص وفي الاستيفاء ولهم ما الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص ولم يعمل في الاستيفاء بهذا الحديث لقوله عليه السلام لا قودا لا بالسيف اه أقول وفيه بحث لان وجوب القصاص وكيفية الاستيفاء انما يستفادان من لفظ واحد في الحديث المذكور وهو غرقناه فالعمل بأحدهما دون الآخر مع كونه لا يخالف عن اشكال في نفسه لا موجب له لان العمل به في حق الاستيفاء انما يجب أن يترك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قودا لا بالسيف أن لو ثبت تأخر قوله عليه السلام لا قودا لا بالسيف عن قوله عليه السلام من غرق غرقناه أو ثبت كونه أقوى منه ونبي منهما لم يثبت (١) لا يقال يكفي التعارض بينهما فانها اذا تعارضا تساقطا لا تناقولا لو كان كذلك لما صح الاستدلال بقوله عليه السلام لا قودا لا بالسيف على ان لا يستوفي القصاص الا بالسيف لان الساقط لا يصلح لأن يمتسك به مع ان امتناعه سكوابه في ذلك المطلب واعتمدوا عليه كما مر ثم أقول الاولى عندى في توجيه المقام ان يقال الحديث حجة لابي يوسف ومحمد والشافعي كاهم الا ان الشافعي ببقية على ظاهره فيحمل التغريق على حقيقة وأما الامامان فيحملانه على الكناية عن الاهلاك لكون الاهلاك لازم التغريق فيصير معنى قوله عليه السلام غرقناه أهلكناه ويكون التعبير بغرقناه لمشاكلة قوله من غرق وانما يحمله على ذلك توفيقا بين هذا الحديث وبين قوله عليه السلام لا قودا لا بالسيف اذ قد تقرر في علم الاصول أنه اذا تعارض ظاهر النصين يطلب الخاص مهما أمكن في التوفيق والجمع بينهما وهما الخاص عندهما يتيسر بحمل التغريق على الاهلاك والقتل على سبيل الكناية تدبر (قوله وله قوله عليه السلام ألا ان قتل خطأ الممد قتل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ ريش) أقول في دلالة هذا الحديث على مدعى أبي حنيفة رحمه الله تعالى في مسئلة

(١) في بعض النسخ زيادة كتبت بالهامش نصها ويمكن أن يقال ثبت كون قوله عليه السلام لا قودا لا بالسيف أقوى من قوله عليه السلام من غرق غرقناه عند أهل الحديث وقد أشار إليه المصنف فيما بعد بقوله وما رواه غير من فروع تأمل اه منه

وقوله (وما رواه غير مرفوع) لانه يلزم على قوله التحريق بالتحريق وهو منهي عنه قال صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا أحدا بعد الله (أوهو محمول على السياسة وقد أومت) أي أشارت (إليه) أي الى كونه محمولا على السياسة (اضافته الى نفسه) حيث قال غرقناه ولم يقل غرقوه وقوله (واختلاف الروايتين) مرفوع على الابتداء وقوله (في الكفارة) خبره يعني ان اختلاف الروايتين عن أي حنيفة رجه الله انما كان في الكفارة فانه روي عنه ان لا كفارة في شبه العمد وروي الطحاوي أن فيه الكفارة عنده وأما الدية فانها واجبته عنده من غير تردد وقوله (لوجود السبب) يعني سفل دم محقون على التأييد عمدا (وعدم ما يبطل حكمه) يعني من عفو أو شبهة وقوله (واذا التقي الصفان) ظاهر وقوله (أحد نوعي الخطأ) يريد به الخطأ في القصد وقوله (وكذا الدية) منصوب عطف على الكفارة وقوله (على ما نطق به النص) يريد به قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الآية وقوله (ولما اختلفت سيوف المسلمين) أي نالت روي أن سيوف المسلمين نالت على اليمين أبي حذيفة في بعض الليالي في غزوة الخندق فقتلوه على ظن انه مشرك فقتل رسول الله صلى الله عليه وسلم (بأذية فوه بها لهم حذيفة) وقوله (ومن شج نفسه) واضح (٣٦٨)

وقوله (وفعله بنفسه هدر في الدنيا) يعني فلم يكن معتبرا في حق الضمان لمكان الاستحالة والتنافي وقوله (يغسل ويصلى عليه) أثر كون فعله غير معتبرا لانه لما كان يغسل ويصلى عليه صار كأنه مات حتف أنفه معرض من غير علة في نفسه وقوله (ولا يصلى عليه) لان جنابته على نفسه معتبرة فصار كالباغي وقوله (فلم يكن هدرامطلقا) متعلق بقوله هدر في الدنيا معتبر في الآخرة والباقي واضح

فصل لما فرغ من بيان المسائل التي توجب القصاص الحق بها فصلا

ولانما ثل بين الجرح واللاقص ورالثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمقتل نادر وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة وقد أومت إليه اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة قال (ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص) لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فأضيف اليه قال (واذا التقي الصفان من المسلمين والمشركون فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة) لان هذا أحد نوعي الخطأ على ما بيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمين أبي حذيفة فقتل رسول الله عليه السلام بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركون لا تجب اسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم قال (ومن شج نفسه وشج رجلا وعقره أسد أو أصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الاجنبي ثلث الدية) لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدر في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر ان عند أبي حنيفة ومحمد يغسل ويصلى عليه وعند أبي يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبه في كتاب التجنيس والمؤيد فلم يكن هدرامطلقا وكان جنسا آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس فكان النفس تلفت بثلاثة أفعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله أعلم

فصل قال (ومن شجر على المسلمين سيفا فقتلهم أن يقتلوه)

التعريق خفاء كما ترى ولم يتعرض أحد من الشراح لبيان وجه دلالة على ذلك والانصاف انه لا يدل عليه دلالة اقناعية وان أمكن التوجيه ببعض من التحملات وأعمل هذا هو السرفي أن صاحب الكافي ترك

التسلي

يشتمل على المسائل التي لها عرضية ايجاب القصاص وهي كما هي من جنس واحد وكلامه واضح

كل واحد من الحدين يماثل الآخر اه وفي شرح الشاهان لانه سوى بهما بين الثوب وبين المقطوع له الثوب اه ولعل هذا الوجه اولى لاسم المقصة تأمل (قوله وما رواه غير مرفوع) لانه يلزم الى قوله أو هو محمول على السياسة وقد أومت) أقول فيه بحث وجوابه أن تمة الحديث ومن حرق حرقناه ومن قتل عبدنا قتلناه كذا في فوائد جيد الدين الضرير ثم قوله غير مرفوع منع وقوله لانه يلزم الخ سند للنوع وقوله أو هو محمول على السياسة منع آخر مع السند وقوله وقد أومت تنميم للسند (قال المصنف واختلاف الروايتين في الكفارة) أقول قوله واختلاف مبتدأ وقوله في الكفارة خبره (قال المصنف ولا يصلى عليه) أقول قال الكافي وهذا أثر كون فعله معتبرا في حق نفسه لانه صار باغيا على نفسه اه فالباغي لا يصلى عليه

فصل ومن شجر (قوله الحق بها فصلا يشتمل على المسائل التي لها عرضية ايجاب القصاص) أقول وهو قتل المشهور عليه يوجب القصاص ان لم يثبت ما ادعاه من سل السيف عليه بالبيئة

وقوله (أطل دمه) أى أهدر وقوله (والمعنى) أى ومعنى الوجوب (دفع الضرر) لأن الواجب هو دفع الشر على أى وجه كان لا عين القتل وقوله (لما بيننا) إشارة إلى ما ذكره من الحديث والمعقول وقوله (وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة) يعنى إذا أصالا على انسان فقتله المصول عليه عدا يضمن الدية والقيمة وقوله (فأشبهه المكروه) يعنى ان المكروه لما صار مسلوب الاختيار من جهة المكروه أضيف التلف إلى المكروه فكذلك المصول عليه وقيل معناه فأشبهه المكروه يعود على المكروه فيقتله وقوله (فانل دون مالك) أى لا لجل مالك وقوله (فكذا استرداد فى الانتهاء) لأنه أسهل من الابتداء والله أعلم

(قال المصنف لقوله عليه الصلاة والسلام من شهر الحديث) أقول الحديث يدل (٣٦٩) على إباحة قتله دون وجوبه وكان المدعى

ذلك ظاهرا (قوله ومعنى

الوجوب دفع الضرر)

أقول أى وجوب دفع

الضرر فالضاف مقدر

(قال المصنف ومن شهر

على رحـل سلا حلالا أو

نہارا اوشہر علمہ عصالہ

في المصراؤونهارافي طريق

غرامصر فقتله المشهور

علیه عدا افاضی علیه

أقول قال الصدر الشهيد

ففي شرح الجامع الصغير

کان شهر علیہ عصا تمہارا

في مصر فقتله المشهور

عليه عداقتي به اه وفي

مخرج الجامع الصغير

قاضیخان رجب علی شہر

سلاحاء على رجل في مصر

بلا أو نهارا أو في غير المصير

قتل المشهور عليه عمدا

سی علیہ السلام کہ وہ قتلہ اذاع
شہادت ہوتا ہے

سر عن نفسه ودفع السر
إلى أمهات المؤمنين

تالان: انا شوق

لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد أطل دمه ولانه باغ فمستقط عصمته بغيره ولانه تعين
طريقا لدفع القتلى عن نفسه فله قتله وقوله فعل عليهم وقول محمد في الجامع الصغير فحق على المسلمين ان
يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل
سلاحا بلا أنهارا أو شهر عليه عصا البلا في مصر أو نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه
عند افلاشي عليه لما بينا وهذا الان السلاح لا يثبت فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة وان كانت
تثبت ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير المصر في الطريق
لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرًا قالوا فان كان عصا لا تثبت يحتمل أن تكون مثل السلاح
عندهما قال (وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عدا فعليه الدية في ماله) وقال
الشافعي لاثني عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن أبي يوسف انه يجب الضمان في الدابة
ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي انه قتله دافعاً عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على
قتله بفعله فأشبهه المكره ولا يبي يوسف ان فعل الدابة غير معتبر أصلاً حتى لو تحقق لا يوجب الضمان أما
فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققناه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهم ما لحقهما وعصمة الدابة لحق
مالكها فكان فعلهما مسقطاً للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصاً معصوماً أو أنلف مالا معصوماً
حقاً للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطاً وكذا فعلهما وان كانت عصمتهم ما لحقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا
لا يجب القصاص بتحقيق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختياراً صحيحاً وانما لا يجب القصاص
لوجود المبيع وهو دفع الشر فتجب الدية قال (ومن شهر على غيره سلاحاً في المصر فضر به ثم قتله الاخر
فعلى القاتل القصاص) معناه اذا ضر به فانصرف لانه خرج من أن يكون محارباً بالانصراف فعادت
عصمته قال (ومن دخل عليه غيره ليلاً وأخرج السرقة فاتبه وقتله فلا شيء عليه) لقوله عليه السلام
قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعاً في الابتداء فكذا استرداد في الانتهاء وتأويل المسئلة اذا كان
لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل والله أعلم

التمسك بهذا الحديث ههنا بالكلية واكتفى بالدليل العقلي مع كون عادته أن يقتنى أثر صاحب الهداية في وضع المسائل وبسط الدلائل

عليه عصا في المص من ارافقتله المشهور عليه بالحديد عمدا قتل لأنه قادر على دفع الشر عن نفسه بدون القتل لأن العصا نلبث وفي
المصر يلحقه الغوث بالنهار بخلاف السلاح لأنه لا يلبث وبخلاف المفازة أو كان في المصر له لأنه لا يلحقه الغوث وإن كان الخشب
أو الحجر عظيما لا يلبث فهو بمنزلة السلاح في هذا الحكم (قوله فقتله الموصول عليه عمدا بضمن الدية والقيمة) أقول الأولى قطع الكلام
عند قوله عمدا أو يتمه بقوله وعند الشافعي لاشئ عليه كما لا يخفى (قوله يعني أن المكره لما صار مسلوب الاختيار الخ) أقول هذا
الكلام على هذا التقرير كلام الزاخي من الشافعي والافعه منه يجب القصاص على المكره والمكره كما مر (قال المصنف وإنما لا يجب
القصاص لوجود المبيع وهو دفع الشر) أقول دفع الشر واجب كما مر فينبغي أن يراد بالمبيع ما يعم الموجب (قال المصنف فيجب
الدية) أقول لأن أثر الاضطرار في دفع الأثم والقصاص دون الضمان كالمضطر إذا أكل مال الغير (قوله لأنه أسهل من الابتداء) أقول
فيه شئ إذ ليس هذا المقام محل ذلك الكلام

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس أتبعه بما هو بمنزلة التسبع وهو القصاص في الأطراف وكلامه واضح قوله (ولا معتبر بكبر اليد وصغرها) لأن منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بذلك ولا ترد الشجة الموضحة إذا أخذت ما بين قرني المشجوج ولم تأخذه من الشاج أكبر رأسه فإن الكبير قد اعتبر وخير المشجوج بين القصاص بمقدار شجته وبين أخذه أرش الموضحة لأن المعتبر في ذلك الشين وفي الاقتصاص بمقدارها يقل شين الشاج ويأخذ ما بين قرنيه بالشجة زيادة على حقه فانتفى المماثلة الواجبة في القصاص صورة ومعنى فإن شاء استوفاه معنى وهو مقدار شجته وبترك الصورة وإن شاء أخذ أرشها وقوله (على ما قال في الكتاب) يعني القدوري وهو مأثور عن الصحابة رضي الله عنهم روى أن هذا حدث في زمن عثمان رضي الله عنه فسأل عنه الصحابة رضي الله عنهم فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاءه على رضي الله عنه ففرض بذلك وعمل عليه عثمان رضي الله عنه وكان (٢٧٠)

باب القصاص فيما دون النفس

قال (ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وإن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة) لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبي عن المماثلة فكل ما أمكن رعايته فبها يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد أمكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك وكذلك الرجل ومارن الأنف والأذن لا مكان لرعاية المماثلة قال (ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه) لامتناع المماثلة في القلع وإن كانت قائمة فذهب ضوؤها فليس القصاص لا مكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمي المرأة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم قال (وفي السن القصاص) لقوله تعالى والسن بالسن (وإن كان سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر) لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال (وفي كل شجة تحقق فيها المماثلة القصاص) لما تلونا قال (ولا قصاص في عظم الأفي السن) وهذا اللفظ مروى عن عمرو ابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولأن اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد ولو قلع من أصله يقطع الثاني فيتمثالان

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس شرع في بيان القصاص فيما دون النفس إذ الجزء يتبع الكل (قوله لقوله تعالى والجروح قصاص) أي ذات قصاص كذا في التفاسير والشروح قال الزيلعي في شرح الكزأى ذو قصاص أقول لا وجه له تذكير ذوقه لا لابتعاد ركيك لا ينبغي أن يرتكب بلا ضرورة سيما في تفسير القرآن العظيم (قوله ولو قلع من أصله يقطع الثاني فيتمثالان) قال صاحب الكافي وعمامة شراح الكتاب في هذا المقام ولو قلع السن من أصله لا يقطع سنة قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فربما تفسد به لثاته ولكن يبرد بالمبرد إلى موضع أصل السن وعزاه الشراح إلى المبسوط أقول أسلوب تحريرهم ههنا محل تعجب فإن أحدا منهم لم يتعرض لما ذكر في الكتاب لا بالرد ولا بالقبول بل ذكروا المسئلة على

بعض من الصحابة رضي الله عنهم قوله (لما تلونا) إشارة إلى قوله تعالى والجروح قصاص وفي بعض النسخ لما ذكرنا وهو إشارة إلى قوله وهو ينبي عن المماثلة وقوله (ولا قصاص في عظم الأفي السن) وهذا اللفظ مروى عن عمرو ابن مسعود رضي الله عنهما (فإن كان السن عظما فلا استثناء متصل ولا بد من فرق بينها وبين غيرها من العظام وهو إمكان القصاص فيها بأن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها أو إلى أصلها إن قلعها ولا يقطع

باب القصاص فيما دون النفس

(قوله بما هو بمنزلة التسبع) أقول إنما قال بمنزلة التسبع

لأن القصاص في الأطراف ليس يتابع للقصاص في النفس عندنا حقيقة على ما يجب في هذا الدرس قال المصنف (لقوله تعالى والجروح قصاص) أقول قال الزيلعي أي ذو قصاص وقال البرهان النسبي في تفسيره القصاص هنا مصدر يراد به المفعول أي والجروح متقاصبة بعضها ببعض (قوله ولم يأخذه من الشاج لكبر رأسه) أقول الضمير في قوله يأخذه راجع إلى ما في قوله ما بين قرني المشجوج وضمير رأسه راجع إلى الشاج (قوله لأن المعتبر في ذلك الشين الخ) أقول هذا تعليل لقوله ولا ترد الشجة الخ تقر به لأن المعتبر في ذلك الشين إذ ليس فيه تنويع المنفعة إلى آخر ما قال ويجب من المصنف في هذا الدرس أن الشجة موجبة لكونها مشينة وبخلاف اليد فإن الشين لا يتفاوت في اليد إذا قطعت (قال المصنف تحمي له المرأة) أقول استئناف بياني الإجماع كرم كردن (قوله وهو إشارة إلى قوله وهو ينبي عن المماثلة) أقول بل إشارة إلى المجموع كما لا يخفى (قال المصنف ولا قصاص في عظم الأفي السن) أقول اختلاف الأطباء في السن هل هو عظم أو طرف عصب يابس فنه من يتكراهه عظم لأنه يحدث وينمو بتمام الحلقة ويلين بالخل ومنهم من قال هو عظم وكأنه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن

لنعذر الماتلة فربما تفسد به لثاته كذا في المبسوط وان كان غير عظم كما أشار إليه قوله صلى الله عليه وسلم لا قصاص في عظم حيث لم يستثن السن فلا استثناء منقطع وقد اختلف الأطباء في ذلك فمنهم من قال هو طرف عصب يابس لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم وكأنه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن وقوله (وليس فيمادون النفس شبه عمد) قد ذكره مرة لكنه قد ذكره هناك أنه عمد وههنا أنه عمد وأخطأ فيحمل الأول على أن المراد به أن أمكن القصاص وذلك لأن شبه العمد إذا حصل فيمادون النفس وأمكن القصاص جعل عمدا روي أن الربيع عمة أنس بن مالك رضي الله عنه كسرت ثنية جارية من الأنصار بلمطمة فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص والمطمة إذا أتت على النفس لا توجب القود وان لم يمكن القصاص جعل خطأ ووجب الأرش وقوله (ولا قصاص بين الرجل والمرأة) ظاهر وقوله (الافى الحري يقطع طرف العبد) يعني لا يجب القصاص فيه عنده أيضا والشافعي رحمه الله أخذ بقول ابن أبي ليلى (٢٧١) وسلك في الباب طريقا ساهلا وهو

اعتبار الاطراف بالنفوس لانها تابعة للنفوس فتكامل بحري القصاص بين الرجال والنساء في النفوس فكذلك في الاطراف لكونها تابعة لها

قال (وليس فيمادون النفس شبه عمد انما هو عمد أخطأ) لان شبه العمد يعود الى الآلة والقفل هو الذي يختلف باختلاف فيمادون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ (ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيمادون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين) خلافا للشافعي في جميع ذلك الا في الحري يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالنفوس لكونها تابعة لها

خلاف ما ذكر في الكتاب وكان من دأب الشراح التعرض لما في الكتاب اما بالقبول واما بالرد فكأنهم لم يروه أصلا نعم القول الذي نقلته هنا عن المصنف غير مذكور في بعض النسخ لكنه واقع في كثير من النسخ ليس بمثابة أن لا يطلع عليه أحد من الشراح كيف وقد أخذ هذه الوقاية فذكره في متنه حيث قال ولا قود في عظم الا السن فتعلق ان قلعت وتبردان كسرت وكان مأخذ من الوقاية هو الهداية كما صرح به صاحبه وكذا ذكر في كثير من المتن ثم ان التحقيق ههنا هو أنه اذا قلع سن غيره هل يقطع سنه قصاصا أم يرد بالمبرد الى أن ينتهي الى اللحم فيه روايتان كما أفصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال ان كانت الجناية بكسر بعض السن يؤخذ من سن الكاسر بالمبرد مقدار ما كسر من سن الآخر وهذا بالاتفاق وان كانت الجناية بقطع سن ذكر القود يرى أنه لا يقطع سن القالع ولكن يرد سن القالع بالمبرد الى أن ينتهي الى اللحم ويسقط الباقي واليه مال شمس الأئمة السرخسي وذو كرشح الاسلام في شرحه أنه يقطع سن القالع واليه أشار محمد رحمه الله في الجامع الصغير حيث ذكر بلفظ النزاع والسزاع والقطع واحد وفي الزيادات نص على القاع الى هنا لفظ المحيط (قوله وليس فيمادون النفس شبه عمد انما هو عمد أخطأ) قال صاحب العناية قد ذكره مرة لكنه ذكره هناك أنه عمد وههنا أنه عمد وأخطأ فيحمل الأول على أن المراد به أن أمكن القصاص انتهى أقول يرد عليه أن مراد المصنف لو كان ذلك لما تم ما ذكره صاحب العناية في شرح كلام المصنف هناك بأن قال يعني ليس فيمادون النفس شبه عمد انما هو عمد أخطأ فانه مقتضى ذلك الشرح أن لا يكون بين كلامي المصنف في المقامين فرق كما لا يخفى ثم أقول التحقيق أن ما ذكره المصنف ههنا عبارة القود ويرى وما ذكره فيما سبق عبارة نفسه وان لكل واحدة من العبارتين معنى مغاير للمعنى الأخرى فان ما سبق هكذا وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيمادون النفس وان ما يكون شبه عمد في النفس وهو عمد الضرب بما ليس بسلاح ولا مأجور مجرى

(قوله فيحمل الاول على أن المراد به الخ) أقول فيه بحث بل الاول محمول على ما اذا عمد وانما سقط القصاص في بعض المواضع لتعذر الماتلة وذلك لا يخرج عن العمدية كما اذا قتل الأب ابنه عمدا والثاني ما يعمد التعمد وغيره فتدبر اذا ضمير في قوله انما هو عمد أخطأ عائد الى ما فيمادون النفس من الجناية لا الى شبه عمد كما لا يخفى فلا يخالف الثاني الاول اذ ليس الموضوع فيه ما واحدا ويمكن أن يقرر هذا البحث بوجه آخر

بأن يقال ليس الموضوع في الموضوعين واحدا فانه في الاول شبه العمد وههنا ما يوجد فيمادون النفس من الجناية مطلقا فلا مخالفة حتى يحتاج الى التافيق وعدم جريان القصاص في بعض صور التعمد لا يخرج الجناية عن العمدية فانه لما منع كما اذا قتل الأب ابنه عمد اذ لم يتأمل (قوله وان لم يمكن القصاص جعل خطأ) أقول بل عمد وسقوط القصاص لما منع (قال المصنف ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيمادون النفس الخ) أقول قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص الحربي منه والمستأمن والنص العام اذا خص منه شيء يجوز تخصيص الباقي بخبر الواحد فخصناه بما رويناه انتهى وفيه أنه يجوز أن يكون خروجهم من هذا الحكم بالنسخ فتأمل ثم قوله فخصناه بما رويناه أراد به ما روي عن عمران بن الحصين أنه قال قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض عليه الصلاة والسلام بالقصاص كذا ذكر في الكفاية ونحن نقول لا يخفى أن هذا لا يكتفي لتخصيص مواضع النزاع فالماكل القياس

(ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو) أي التفاوت (معلوم قطعاً بتقويم الشرع) فان الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخمس مائة دينار قطعاً ويقيناً ولا تبلغ قيمة يد العبد الى ذلك فان بلغت كان بالحرز والظن فلا تكون مساوية ليد الحر يقيناً فاذا كان التفاوت معلوماً قطعاً أمكن اعتباره (بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر أصله) فان قيل ان استقام في الحر والعبد لم يستقم بين العبدين لا مكان التساوي في قيمتهما بتقويم المقومين وأجيب بأن التساوي انما يكون بالحرز والظن والمماثلة المشروطة شرعاً لا تنبت بذلك كالمماثلة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فان قيل سلماً وجود التفاوت في البذل وانه لا يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فان السلاء تقطع بالصحة وانتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل فالجواب (٢٧٢) أنا قد ذكرنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس

كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت المالي مانعاً مطلقاً والشلل ليس منه فيعتبر مانعاً من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتاً مالياً ينبغي أن لا يعتبر فيما يسلك به مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتاً في المنفعة تنسب به المماثلة ينبغي أن يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل لئلا يلزم أن يكون باذلاً للزيادة في الاطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البذل بالاطراف والباقي ظاهر

(قوله فالجواب أنا قد ذكرنا أن الاطراف) أقول وأجاب في الكفاية بأن شرع القصاص في الاصل يعتمد المساواة فان كان النقصان ثابتاً باعتبار

ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعاً بتقويم الشرع فأمكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر أصله وبخلاف الانفس لان التلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه (ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر) للتساوي بينهما في الارش

السلاح عند أبي حنيفة وبما لا يقتل به غالباً عند أبي يوسف ومحمد والشافعي فهو عدم فيما سوى النفس سواء أمكن القصاص به أو لم يمكن لما منع يمنع عنه فان سقط القصاص لما منع يقع في القتل العمد في النفس كما اذا قتل الاب ابنه عمداً وكما اذا ورت الابن قصاصاً على أبيه فلان يقع في العمد في الاطراف أولى ومعنى قوله ههنا انما هو عمد أو خطأ أن الذي كان فيما دون النفس عمداً أو خطأً لأن شبه العمد عمد أو خطأً فان ضمير هو في قوله انما هو عمد أو خطأً راجع الى ما كان فيما دون النفس لا الى شبه عمد اذ لا مجال لان يكون شبه العمد خطأً في النفس ولا في الاطراف لان تعدد الضرب معتبر في مفهوم شبه العمد ولا يتصور ذلك في الخطا فاذا كان معنياً الكلامين في المقامين مختلفين بالوجه الذي ذكرناه فلا احتياج الى توجيه ما سبق بأن المراد به ان أمكن القصاص بل لا وجه له كما تحققت مما قدمناه تبصر (قوله ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة) قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والاذن بالاذن مطلق يتناول موضع النزاع فيكون جهة عليكم قلنا قد خص منه الحربي والمستأمن والنص العام اذا خص منه شيء يجوز تخصيصه بخبر الواحد خصوصاً بما روى عن عمران بن حصين أنه قال قطع عبد قوم فقراء أذن عبد لاقوم أغنياء فاختموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض بالقصاص انتهى أقول فيه نظر أما أولاً فلانه قد تقررت في علم الاصول أن النص العام اذا خص منه شيء بكلام مستقل موصول به يكون ذلك العام المخصوص منه البعض ظنياً في الباقي فيجوز تخصيصه بخبر الواحد وأما اذا أخرج من النص العام شيء بما هو مفصول عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنياً في الباقي بل يكون باقياً على حاله الاولى ولا شك أن مخرج الحربي والمستأمن من الآية المذكورة ليس بكلام موصول بها فتكون باقية على قطعيتها الأصلية فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد

الاصل كنقصان طرف الاتي والعبد عن طرف الحر والذ كرمع شرع القصاص لانتفاء محله وان كان التساوي في الاصل ثابتاً والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعا فيمنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه اذ رضي به صاحب الحق انتهى وكلامه وكلام الشيخ اكمل الدين محل كلام فتأمل ثم اعلم أن في ألفاظ الكفاية نوع خفاء يحتاج الى البيان فنقول قوله باعتبار الاصل أي القيمة وقوله منع شرع القصاص الخ يعني كالأموال الربوية اذا قوبلت بجنسها والمساواة في القدر غير معلومة وقوله وان كان التساوي في الاصل ثابتاً أي باعتبار القيمة وقوله والتفاوت باعتبار أمر عارض أي كالشلل والصحة (قوله فالواجب أن يعتبر التفاوت المالي مانعاً مطلقاً والشلل ليس منه) أقول أي ليس من التفاوت المالي (قوله لئلا يلزم أن يكون باذلاً) أقول يعني لقطع السلاء ألزم القاطع بذل الزيادة في يده الصحيحة اذا أوجبنا القاطع (قوله للزيادة في الاطراف) أقول على تقدير رضا القاطع بالقصاص وأما بدون رضاه فلا مجال للجبر لانه كالجبر بالغاء الجيد في مقابلة الرديء (قوله لانه اسقاط) أقول يعني من المقطوع يده الصحيحة

القصاص) لانه لو زال
الشلل قبل أن يستوفي
الارش لم يكن له الا القصاص
وهذا عندنا وعند
الشافعي رحمه الله أن
الواجب أحد الشينين
اما القصاص أو الارش
فاذا تعذر أحدهما الفوات
محله تعين الآخر

قال (ومن قطع يدرجل من نصف الساعد أو جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه) لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه إذا لاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرء نادر فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا قال (واذا كانت يدا المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء أو ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء أخذ الارش كاملا) لان استيفاء الحق كلاما متعذره أنه أن يتجاوز دون حقه وله أن يعدل الى العوض كالمثل اذا انصرم عن أيدي الناس بعد الانلاف ثم اذا استوفاهما ناصا فقد درشني به فبسط حقه كما اذا رضى بالردى مكان الجيد (ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجنى عليه أو قطعت ظلما فلا شيء له) عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقه حيث يجب عليه الارش لانه أوفى به حقا مستحقا فصارت سائلة له معنى

(قال المصنف وان شاء أخذ الارش) أقول هذا هو ظاهر الرواية وذكر الطحاوي عن علي الرازي الكبير أنه قال لا يخبر فان القصاص فيما دون النفس يعتمد المساواة في المحل ولا ينظر الى الصغير والكبير كما في اليد الكبيرة والصغيرة كذا في شرح الكاكي وذكر الزيلعي الفرق في شرح الكاكي في مسألة قطع اليد وقال لم يعتبر هنا الكبير والصغير في العضو واعتبر في الشجة في الرأس اذا كانت استوعبت رأس المشجوج وهي لا تستوعب رأس الشجاج فأثبت للمشجوج الخيار ان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص وأخذ بقدر شجته وانما كان كذلك لان ما يلحقه من الشين أكثر لان الشجة المستوعبة لما بين قرنيه أكثر شينا من الشجة التي لا تستوعب قرنيه بخلاف قطع العضو فان الشين فيه لا يختلف

وقد منا غير مرة نظير هذا النظر في محاله وأما ثانيا فلان حديث عمران بن حصين انما يفيد عدم جريان القصاص في الأطراف بين العبدين ولا يفيد عدم جريانه فيها بين الرجل والمرأة ولا بين الحر والعبد فبقى الاعتراض باطلاق الآية المذكورة في هاتين الصورتين فلم يتم الجواب والصواب عندى في الجواب أن يقال ان الآية المذكورة اية القصاص والقصاص ينبي عن المماثلة فالمراد بما في الآية المذكورة كورة ما يمكن فيه المماثلة لا غير كما صرح به صاحب الكشاف في تفسيره هاتيك الآية من التنزيل حيث قال ومعناه ما يمكن فيه القصاص وتعرف المساواة وأشار اليه المصنف في صدر هذا الباب حيث قال وهو ينبي عن المماثلة فكل ما أمكن رعايته فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وأشار اليه ههنا أيضا حيث قال فينبغي عدم التماثل بالتفاوت بالقيمة فلم تكن الآية المذكورة مجرأة على ظاهر اطلاقها حتى يكون اطلاقها حجة علينا فيما نحن فيه وكيف يتصور اجراؤها على ظاهر اطلاقها ولا قصاص في العين اذا قلعهما بالاجماع لعدم امكان المماثلة في القلع وكذا الحال في قطع اليد والرجل من غير المفصل وكذا فيما اذا قطع الحر طرف العبد فظهر أن المدار في وجوب القصاص امكان المماثلة وان معنى النظم الشريف مصروف الى ذلك فاندفع الاعتراض الناشئ من توهم الاطلاق ثم انه بقي في هذا المقام اشكال قوى ذكر في عامة الشروح وهو أن يقال سلنا وجود التفاوت في القيمة في الأطراف وأنه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه أن يمنع استيفاء الكل بالانقص دون العكس ألا يرى أن الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة يد الرجل أيضا والسراح كانوا في طريق دفعه طرائق قد دافعا لصاحب العناية فالجواب أن نقد ذكرنا أن الأطراف يملك بها ممتلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كاللحم فالواجب أن يعتبر التفاوت المالى مانعا مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر مانعا من جهة الاكل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي أن لا يعتبر فيما يملك بها ممتلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتنا في المنفعة ينتفي به المماثلة ينبغي أن يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكل لثلاثين أن يكون باذلا للزيادة في الأطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البذل بالأطراف انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلان ما ذكره من أن التفاوت المالى يجب أن يعتبر مانعا مطلقا وأما ما ليس تفاوتا ماليا بل موجبا للتفاوت في المنفعة كالشلل فيعتبر مانعا من جهة الاكل ولا يعتبر مانعا من جهة الانقص فحكمم بحث لان العلة التي أقامها على أن الثاني لا يعتبر من جهة الانقص وهي أنه اسقاط والاسقاط جائز في الأطراف دون البذل متمشية بعينها في الاول أيضا دلالة أنه كما يجوز للانسان اسقاط حقه في المنفعة يجوز له اسقاط حقه المالى أيضا بالتفاوت بينهما فينبغي أن لا يعتبر التفاوت المالى أيضا مانعا من جهة الانقص وأما ثانيا فلان كون الشلل محالا يوجب التفاوت المالى ممنوع كيف وقيمة اليد تتفاوت بالصحة والشلل قطعاً فان الشرع جعل أرش اليد الصحيحة نصف دية النفس وجعل

قال (ومن شجر جلا فاستوعبت الشجة ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتصر بمقدار شجته يبتدئ من أي الجانبين شاء وان شاء أخذ الارش) لان الشجة موجبة لكونها مشينة فقط فيزداد الشين بزيادة ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فخير كافي الشلاء والصحة وفي عكسه بخير أيضا لانه يتعذر الاستيفاء كلالا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الراس وهي تأخذ من جهته الى قناه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال (ولا قصاص في اللسان ولا في الذك) وعن أبي يوسف أنه اذا قطع من أصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة (الا أن تقطع الحشفة) لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذك فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله أو بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لا مكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها

أرش اليد الشلاء حكومة عدل كما صرح جوابه في الديات وأشار اليه صاحب الغاية ههنا أيضا حيث قال في أثناء تعامل المسئلة التي نحن فيها ولان أرش الاطراف مختلف فصارت كالصحيح والاشل وقال صاحب النهاية في دفع الاشكال المذكور قلنا انما اذا كان التفاوت بسبب حسي كالشل وفوات بعض الاصابع فهو كما قلت يعني يمنع استيفاء الكل بالانقص دون العكس فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فانه يمنع استيفاء كل واحد منهم ما بصاحبه كالمين مع اليسار وهذا المعنى وهو أن التفاوت اذا كان لمعنى حسي فمن له الحق اذ ارضى بالاستيفاء يجعل مبرئا لبعض حقه مستوفيا لما بقي وذلك جائز وله ذلك لا يستوفي الا كل بالانقص وان رضى به القاطع لانه يكون بالرضا بالذلة للزيادة ولا يحل استيفاء الطرف بالبذل فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فلا وجه لتمكنه من الاستيفاء منها بطريق اسقاط البعض ولا بطريق البذل انتهى واقتفى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية أقول وفيه أيضا بحث اذا الفرق بين التفاوت الحسي وبين التفاوت الحكمي في استيفاء الانقص بالكل تحكم أيضا فانه اذا تقرر التفاوت بين الشئين بالكمال والنقصان فصاحب الكل ان رضى بان يستوفي في الانقص من صاحب الانقص بمقابلة الاكل يصير مسقطا لبعض حقه مستوفيا لما بقي بالضرورة سواء كان سبب ذلك التفاوت أمرا حسيا أو أمرا حكما وأما صاحب الانقص فان رضى بأن يستوفي منه صاحب الانقص الاكل بمقابلة الانقص يصير بالذلة بالضرورة أيضا بالتفاوت بين كون سبب التفاوت حسيا أو حكما والبذل في الاطراف غير جائز بخلاف وأما اسقاط الحق بالرضا والاختيار فجائز في جميع الامور فلا مجال للفرق المزبور فان قلت السبب الحكمي لا يفيد التفاوت الحقيقي واسقاط البعض وبذل الزيادة فرع التفاوت الحقيقي فهذا مدار الفرق المذكور قلت لان سلم أن اسقاط بعض الحق وبذل زيارته فرع التفاوت الحسي الحقيقي فان كسيرا من الحقوق الشرعية الغير الحسية يجري فيها الكمال والنقصان فلا جرم يكون الرضا بالانقص منها عند استحقاقه الكامل اسقاطا لبعض الحق ويكون ابقاء الكامل منها بديل الناقص بالزيادة كيف ولو سلم ذلك لزم أن لا يتم أصل دليل المسئلة التي نحن بصدد هان فان مدار ذلك على انعدام التماثل في الاطراف بتحقيق التفاوت الحكمي بينها وقال صاحب الكفاية في دفع ذلك الاشكال قلنا شرع القصاص في الاصل يعتمد المساواة فان كان النقصان ثابتا باعتبار الاصل كنقصان طرف الانثى والعبد من طرف الذكروا الحر منع شرع القصاص لانتهاء محله وان كان التساوي في الاصل ثابتا والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعا فيمنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه اذ ارضى به صاحب الحق انتهى ويقرب

وقوله (ومن شجر جلا) قد قررناه في الفرق بينه وبين من قطع يدرجل ويد القاطع أكبر من يده فلا حاجة الى اعادته وقوله (وفي عكسه بخير أيضا) وهو أن يكون رأس المشجوج أكبر من رأس الشاج لانه ان استوفي المشجوج مثل حقه مساحة كان أزيد في الشين من الاول وان اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين كان دون حقه فيختبر بين الانقصا وأخذ الارش والباقي الى اخره ظاهر

(قال المصنف لان الشجة موجبة لكونها مشينة فقط) أقول يعني لا لكونها مفوتة للنفعة اذ ليس فيها تفاوت المنفعة كما في قطع اليد ففيه اشارة الى الفرق بينهما فتأمل

فصل لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها أتبعه ذلك في فصل على حدة (إذا اصططح القاتل وأولياءه المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال المسمى قليلا كان أو كثيرا إذا على مقدار الدية لقوله تعالى فمن عني له من أخيه شيء الآية على ما قيل إنها نزلت في الصلح وهو قول ابن عباس والحسن (٣٧٥) والضحاك ومجاهد وهو موافق للام

فان عفا اذا استعمل باللام كان معناه البذل أي فمن أعطى من جهة أخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصلح فاتباع أي فمن أعطى وهو ولي القتل مطالبة بدل الصلح عن مجاملة وحسن معاملة وانما قال على ما قيل لان أكثر المفسرين على أنها في عفو بعض الأولياء وبذل عليه قوله شيء فإنه يراد به البعض وتقريره فمن عني عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقيين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث وهو مروي عن عمرو ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم فانباع بالمعروف أي فليتبع غير العافي بطلب حصته بقدر حقه وليؤد القاتل إليه حقه وافيًا من غير نقص ولقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاءوا قادوا وإن شاءوا أخذوا الدية قال المصنف رحمه الله (والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا على ما بيناه) يعني أنه ليس للولي العدول إلى المال إلا برضا القاتل وهو الصلح بعينه والباقي ظاهر وقوله (نص مقدر) بكسر الدال وقوله (كالخلع وغيره) يعني كالاغتياق على مال

فصل قال (وإذا اصططح القاتل وأولياءه القاتل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان أو كثيرا) لقوله تعالى فمن عني له من أخيه شيء الآية على ما قيل نزلت الآية في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولأنه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوًا فكذلك تعويضا لا شتمًا له على احسان الأولياء واجباء القاتل فيجوز بالتراضي والقيل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض إلى اصطلاحهم ما كالمخلع وغيره وان لم يذكر وأحوالها مؤجلة فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في أمثاله الحلول نحو المهر والنكاح بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد قال (وان كان القاتل حرا وعبد فأمر الحر ومولى العبد رجلا بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل فالألف على الحر والمولى نصفان) لان عقد الصلح أضيف إليهما (واذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقيين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية)

من هذا رأي تاج الشريعة في الفرق بين المستثنين أقول وفيه أيضا بحث لانه ان أراد أن شرع القصاص بعتد المساواة بحسب الأصل ولا اعتبار بالتفاوت بحسب أمر عارض يلزم أن يجوز استيفاء الكامل وهو الصحيح بالنقص وهو الاشكالي كما يجوز عكسه لانهم ما متساويان بحسب أصل الخلقة والتفاوت بينهما بحسب أمر عارض وهو الشلل مع أنه لا يجوز استيفاء الكامل بالنقص بل لا ريب وان أراد أن شرع القصاص بعتد المساواة من كل الوجوه لكن يجوز استيفاء الناقص الكامل إذا رضى صاحب الحق به لرضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه لا لتحقيق المساواة المعتمدة في شرع القصاص فمع اباة عبارة الجواب المذكور عنه جدا يلزم أن يجوز استيفاء طرف المرأة بطرف الرجل أيضا إذا رضى الرجل به لوجود رضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه في هاتيك الصورة أيضا مع أنه لا يجوز عندنا أصلا قتال من حق التأمل فلعل حل هذا المقام على وجه يرتفع به الاشكال عنه بالمرءة مما تكسب فيه العبران

فصل قال في العناية لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها أتبعه ذلك في فصل على حدة انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان الصلح عن القصاص مسألة واحدة من مسائل هذا الفصل وبيان وجه اتباع هذه المسألة وحدها لا يكفي في اتباع جميع ما شمله هذا الفصل من المسائل الكثيرة المختلفة كما ترى وأما ثانيا فلان كون تصور الصلح عن الجناية بعد تصور الجناية وموجبها انما يقتضي مجرد اتباعه ذلك وتأخير عنه لا ذكره في فصل على حدة فقام معنى قوله في تالي الشرطية المذكورة أتبعه ذلك في فصل على حدة (قوله ولأنه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوًا كذلك تعويضا) أقول لقاتل أن يقول لا يلزم من جريان الاسقاط عفوًا في شيء جريانه تعويضا أيضا بضافه ألا يرى أن الشفيع اسقاط حق شفيعته بلا عوض بعد أن ثبت له حق الشفعة ولا يصح أن يصالح عن حق شفيعته على مال كما مر في كتاب الصلح فليتنامل في الدفع (قوله وإذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقيين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية) أقول في عبارة الكتاب ههنا فتور من وجوه الاول أن كلمة عفا تعدى بعين وقد عداها في الكتاب عن حيث قال من الدم والثاني أنه يقال صالح عن كذا على عوض وذكر في الكتاب كلمة من موضع كلمة عن حيث قال أو صالح من نصيبه على عوض والثالث أن عبارة النصيب في قوله أو صالح من نصيبه توهم تجزئ

فصل وإذا اصططح القاتل (قوله فإنه يراد به البعض) أقول يوهم تجزئ القصاص

وقوله (خلاف مالك والشافعي رحمه الله في الزوجين) قال في النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً عندهما ونقل عن المبسوط والایضاح والاسرار ما يدل على خلاف مالك في الدية خاصة وإن الشافعي يقول النساء لا تستوفى القصاص ولهن (٢٧٦) حق العفو ثم قال وبهذا يعلم أن ما ذكر في الكتاب من أنه لاحظ للزوجين في القصاص

والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والایضاح والاسرار وهو مؤخذة ضعيفة لأنه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهم ما نقله وقوله (لهم أن الوراثة خلافة) يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر شيئاً وهو باطل ولكن يحمل على أن معناه الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه بالنسب لا السبب لانقطاعه بالموت والقصاص والدية إنما يجبان بعد الموت وقتلنا أنه فاسد بالنقل والعقل أما الأول فحديث امرأة أشيم الضبابي بكسر الصاد المعجمة كما ذكره في الكتاب وأما الثاني فلأنهم موروثان كسائر الأموال بالاتفاق فيجب أن يكونا في حق الزوجين كذلك لأن وجوبهما أولاً لليت ثم ثبت للورثة

(قوله وإن الشافعي يقول النساء لا تستوفى القصاص الخ) أقول هذا وجهه للشافعي وما ذكره المصنف في القصاص وجهه أخذ ذلك في كتبهم والصحيح مقابلهما (قوله والمشهور

وأصل هذا أن القصاص حق لجميع الورثة وكذا الدية خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين لهما أن الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولأنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم

القصاص لأن النصيب هو الحصة وقد تقرّر فيما مر أن القصاص غير منجز فيثبت كماله لكل واحد من أولياء القتل فالأظهر في وضع هذه المسئلة أن يقال وإذا عفا أحد الشركاء عن الدم أو صالح عن حقه على عوض سقط حق الباقي في القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية والتعبير بالنصيب إنما أصاب المحرز في قوله وكان لهم نصيبهم من الدية لأن الدية منجزته لكونها من قبيل الأموال فكان لكل واحد منهم نصيب منها بقدر حقه من الارث وأما حق التعبير في شأن القصاص فإن يذكر لفظ الحق بدل لفظ النصيب كما ثبتنا عليه ومن هذا قال المصنف عند تقرّر دليلنا على هذه المسئلة ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقي فيه لأنه لا يتجزأ (قوله وأصل هذا أن القصاص حق لجميع الورثة وكذا الدية خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين) قال صاحب النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً عندهما ونقل عن المبسوط والایضاح والاسرار ما يدل على أن خلاف مالك في الزوجين في الدية خاصة وأما في حق القصاص ففيه خلاف ابن أبي ليلى في الزوجين ونقل عن الاسرار أن الشافعي يقول لاحظ للنساء في استيفاء القصاص ولهن حق العفو ثم قال وبهذا يعلم أن ما ذكر في الكتاب من أنه لاحظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والایضاح والاسرار أقول فيه نظر لأن ما ذكر في الكتاب إنما يكون مخالفاً لرواية تلك الكتب لو كان معناه أنه لاحظ للزوجين في القصاص والدية جميعاً عند مالك والشافعي وهو غير مسلم لجواز أن يكون قول المصنف خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين متعلقاً بقوله وكذا الدية وحده لا بجموع قوله وأصل هذا أن القصاص حق لجميع الورثة وكذا الدية ولا يخلو عن نوع إرشاد إليه فصل قوله وكذا الدية بذ كر لفظه كذا إذ لو كان مراده الجمع بين القصاص والدية في بيان الخلاف أيضاً لقال وأصل هذا أن القصاص والدية حق لجميع الورثة خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قوله خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين فعندهما لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئاً لأن وجوبه بعد الموت والزوجية تنقطع به انتهى حيث لم يتعرض للقصاص في شرح ذلك ويوافقهم بحر صاحب الكافي ههنا حيث قال والأصل أن القصاص حق الورثة وكذا الدية وقال مالك والشافعي لا يرث الزوجان من الدية شيئاً انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وهو مؤخذة ضعيفة لأنه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهم ما نقله انتهى أقول بل ما ذكره نفسه ضعيف لأن صاحب النهاية لم يدع عدم صحة ما في الكتاب بالكلية بل أراد بيان مخالفته لما في الكتب الثلاثة المعتمدة المقبولة بين الفقهاء لاسيما المبسوط والاسرار فإن صاحبهم ما من أساطين الأئمة ولا نسلم أن المشهور من مذهب مالك والشافعي أن ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً بل المشهور من مذهبهم ما ذكر في تلك الكتب فالوجه التوفيق بين ما ذكر فيهما وبين ما ذكر في الكتاب بما نهى عليه أنفساً (قوله ولأنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم) أقول

من مذهبهم ما نقله) أقول بل الصحيح من مذهب الشافعي ثبوت حق القصاص والدية لكل وارث كما هو مذهبنا به ولأنه صرح في كتبهم (قوله وقوله لهما أن الوراثة خلافة يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر) أقول ولا المولى المعتق وعصيته لكن لهما أن يقولا القياس عدم التوريث والتوريث ثبت بالنص على خلاف القياس فيما ملكه المورث وتركه فيقتصر على مورده (قوله الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه الخ) أقول قوله وهي راجع إلى الوراثة وضمير فيه راجع إلى ما في قوله فيما يجب

ولا يقع لليت الابن بسند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكأننا كسائر الاموال في ثبوتها ما قبل الموت الا ترى أنه اذا أوصى بثلاث ماله دخلت دينه فيها وتقضى منه ديونه وكان على

(٢٧٧)

رضي الله عنه يقسم الدية على من أحرز الميراث وكفى به قدوة واذا ثبت ذلك فكل منهم يمكن من الاستيفاء والعفو والباقي واضح وقوله (لان الواجب نصف الدية) يعني بالعفو فيكون في السنة الاولى الثلث وفي الثانية السدس كما اذا قطع يد انسان خطأ وقتلنا الواجب بعض بدل الدم لا بدل الجـزء وكـله مؤجل الى ثلاث سنين فكذلك بعضه كالالف المؤجل الى ثلاث سنين فان كل درهم منها كذلك وقوله (والواجب في اليد) جواب اعتباره وهو واضح

(قال المصنف لانه لا تجزأ) أقول فيه بحث لان قضية عدم التجزأ أن يسقط في حق العافي كـلا كـبـوته له كـلا ولا يستلزم ذلك سقوط حق الباقي الا أن يقال لما كان الحق واحدا أدرك سقوطه في حق البعض شبهة السقوط في حق الباقي لثبوت من وجه دون وجه فليست له ويمكن أن يقال فيه ثبوت جوابه

ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت اسائر الورثة والزوجة تبقى بعد الموت حكما في حق الارث أو يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يمكن من الاستيفاء والا فقاط عفو واصلها ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقي فيه لانه لا يتجزأ بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا أحدهما الوالدين لان الواجب هنالك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وهما واحد لا اتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقي مالا لانه امتنع عن راجع الى القاتل وليس للعافي شيء من المال لانه أسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين وقال زفر يجب في سنتين فيما اذا كان بين الشريكين وعفا أحدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا أن هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلاث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد

فيه شيء وهو أن هذا الدليل لا يفيد تمام المدعى ههنا فانه انما يدل على ثبوت الاستحقاق بالزوجة في حق الدية ولا يدل على ثبوت ذلك في حق القصاص والعمدة ههنا هو الثاني وانما ذكرنا استطرادا كما ترى (قوله) ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت اسائر الورثة) أقول فيه أيضا شيء وهو أن هذا التعليل وان كان يتم في القصاص أيضا الا أنه لا يتم في المدعى ههنا وهو قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية مما اتفق عليه أعثنا فاطمة فكيف يتم تعليل المتفق عليه بالمتخلف فيه وقول المصنف في تمته حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن لا يجدي نفعا لانه انما يدل على جريان الارث فيه من غير المقتول ولا كلام فيه اذ لا خلاف فيه بين أئمتنا الثلاثة فان حق القصاص هنالك يثبت عندهم جميعا للورث الغير المقتول قبل موته وارثة من المقتول عندهما وخلافة عنه لا وراثته عند أبي حنيفة بخلاف المقتول فان حق القصاص لا يثبت له قبل موته عنده بل انما يثبت عنده بعد موته لورثته ابتداء لتشي صدور كما ستطلع على تفصيله في بابها والكلام ههنا في ورثة نفس المقتول فلا يتم التقريب على أصله فليست له ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا التعليل وأما الثاني فلانهم ما موروثان كسائر الاموال بالاتفاق فيجب أن يكونا في حق الزوجين كذلك لان وجوبهما أولا لليت ثم يثبت للورثة ولا يقع لليت الابن بسند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكأننا كسائر الاموال في ثبوتها ما قبل الموت انتهى أقول قد زاد هذا الشارح ههنا نعمة في الظهور حيث زاد فسادا على فساد لانه مع اتيانه في تضاعيف شرحه بما يقرر أن لا يتم هذا التعليل على أصل أبي حنيفة وهو قوله لان وجوبهما أولا لليت ثم يثبت للورثة صرح بانهم ما يعني القصاص والدية موروثان كسائر الاموال بالاتفاق وقد عرفت أن القصاص ليس بموروث من المقتول عند أبي حنيفة بخلاف سائر الاموال فالتصريح بالاتفاق فساد فوق فساد والله الهادي الى سبيل

توجيه كلام المصنف بذلك (قوله كالألف المؤجل الى ثلاث سنين فان كل درهم منها كذلك) أقول فيه ثبوت جوابه

قال (واذا قتل جماعة واحدا الخ) اذا تعدد الغائل اقتص من جميعهم والقياس لا يقتضيه لانتفاء المساواة لكنه ترك بما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تم لأعليه أهل صنعاء لقتلهم والتمالوا التعاون وصنعاء اليمن قصبتها وروى عن علي رضي الله عنه أنه قتل ثلاثة بواحد وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قتل جماعة بواحد وكانت الصحابة رضي الله عنهم متوافرين ولم ينكر عليهم أحد فحل الاجماع ولان القتل بطريق التغالب غالب فان القتل يغير حق لا يتحقق غالب الا بالاجتماع لان الواحد يقاوم الواحد وما غلب وقوعه من الفساد يوجب من جرعة فيجب القصاص تحقيقا لحكمة الاحياء فانه لو لم يجب لما عجز المفسد عن أن يجمع عليه أمثاله ويقتل لعلمه أن لا قصاص فيؤدى الى سد باب القصاص ولقائل أن يقول ما ذكرتم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع (٢٧٨) عليه لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدمه المؤيد بقوله تعالى

ان النفس بالنفس والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويربو على ذلك بقوة أثر الباطن وهو احياء حكمة الاحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد اذا كانت المسئلة بالعكس وحضر أولياء المقتولين قتل بجماعتهم كما ذكر في الكتاب

قال المصنف (واذا قتل جماعة واحدا اقتص من جماعتهم لقول عمر لو تم لأعليه أهل صنعاء لقتلهم) أقول فان قيل لم يستدل بقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى قلنا لان مقابلة الجمع بالجمع تقتضى انقسام الآحاد على الآحاد تأمل ثم في قوله لقول عمر

قال (واذا قتل جماعة واحدا اقتص من جميعهم) لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تم لأعليه أهل صنعاء لقتلهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص من جرعة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء (واذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل بجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقيين)

الرشاد (قوله واذا قتل جماعة واحدا اقتص من جميعهم لقول عمر فيه لو تم لأعليه أهل صنعاء لقتلهم) قال صاحب النهاية هذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يلزمهم القصاص لان المعتبر في القصاص المساواة لما في الزيادة من الظلم على المعتدى وفي النقصان من الجحس بحق المعتدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد هذا شيء يعلم ببداية العقل فالواحد من العشرة يكون مثالا للواحد فكيف تكون العشرة مثالا للواحد وأيد هذا القياس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس ولكن تركنا هذا القياس لما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تم لأعليه أهل صنعاء لقتلهم به انتهى كلامه أقول فيه بحث لانه صرح بأن هذا القياس مؤيد بقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقال في بيانه وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بمدلول الآية المذكورة وذلك لا يجوز بما روى عن عمر رضي الله عنه لان عمر رضي الله عنه ان كان منفردا في قضائه وقوله المزبورين فظاهر لان قولهماي واحد وقوله لا يصلحان للمعارضة لكتاب الله تعالى فضلا عن الرجحان عليه وان انضم اليه اجماع الصحابة حيث كانوا متوافرين ولم ينكر عليه أحد منهم فحل محل الاجماع كما صرح به في العناية وغيرهاف كذلك أنقد تقرر في علم أصول الفقه أن الاجماع لا يكون ناسخا للكتاب ولا السنة كما لا يكون القياس ناسخا لشيء منهما فالحق في أسلوب تحرير هذا المقام أن لا يتعرض لحديث كون الآية المذكورة مؤيدة لما في مقتضى القياس في هذه المسئلة وأن يبين عدم المناقاة بين مدلول تلك الآية وبين جواب الاستحسان ههنا وسيجي مننا الكلام في التوفيق بينهما بعد هذا القول (قوله ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص من جرعة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء) قال صاحب العناية لقائل أن يقول ما ذكرتم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع عليه لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدمه المؤيد بقوله تعالى ان النفس بالنفس

رضي الله عنه لو تم لأعليه أهل صنعاء لقتلهم بحث لانه يجوز أن يكون بطريق السياسة بقربنة الاضافة الى نفسه كما سبق في باب ما يوجب القصاص قال المصنف (ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص من جرعة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء) أقول تقرير الدليل القتل بطريق التغالب فسادا غالب وكل فساد غالب يحتاج الى من جرعة للسفهاء فالقتل بطريق التغالب يحتاج الى من جرعة من جرعة القتل العمد والقصاص (قوله لا يكون معتبرا في الشرع) أقول لان العقوبات لا تثبت الا بعنسل هذه الأقبسة (قوله وان كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدمه) أقول وهو انتفاء الممانلة والمساواة (قوله وقوله تعالى أن النفس بالنفس لا ينافيه لأنهم في ازهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد) أقول ويجوز أن يقال لما أضيف ازهاق الروح الى كل واحد منهم كلا كان المقتول كأنه أشخاص متعددة ولعل هذا أنسب وأظهر مما ذكره الشارح ألا يرى الى قوله ولنا أن كل واحد قاتل بوصف الكمال الخ

بالاول منهم ويجب للمال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم ونسبت
الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت فرعته له أن الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق
في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا أنه عرف بالشرع ولنا أن كل واحد
منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولأنه
وجد من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزأ
والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد وربوع على
ذلك بقوة أثره الباطن وهو أحياء حكمه الأحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق
الروح الغير المنجزى كشخص واحد انتهى كلامه أقول فيه نظرا لان جعل الاشخاص المتعددة الذوات
في الحقيقة كشخص واحد مجرد صدور ازهاق الروح الغير المنجزى عن مجموعهم وجعلهم مساوين
شخص واحد بحيث يتحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة في القصاص بعيد
جدا عن مساعدة العقل والنقل وأيضا ينافي هذا ما سياتي في تعليل المسئلة الآتية من أن الأصل عند
أئمتنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فكان الصادر منهم بهذا الاعتبار قتلات متعددة على عدد
رؤسهم فحصلت المماثلة المعتبرة في القصاص والحق عندى هنا أن يقال ان قوله تعالى ان النفس بالنفس
لا ينافي ما قالوا في هذه المسئلة اذ دلالة فيه على اعتبار الوحدة في النفس بل فيه مجرد مقابلة جنس
النفس بجنس النفس كما ترى والمقصود منه الاحتراز عن أن يقتصر النفس بغير النفس كما في قوله تعالى
والعين بالعين والالف بالالف ونحوهما وأما أنه هل يتحقق المماثلة المعتبرة في القصاص عند تعدد
النفس في جانب القاتل أو المقتول فانما يستفاد ذلك من دليل آخر ألا يرى أن العين اليمنى لا تقتصر
بالعين اليسرى وكذا العكس مع أن قوله تعالى والعين بالعين لا يدل عليه نظر الى ظاهر إطلاقه بل انما
يستفاد ذلك من دليل آخر فكذا هنا تبصر (قوله ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء
التماثل أصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص) أقول فيه اشكال أما أولا فلان
كون كل واحد منهم قاتلا بوصف الكمال أمر متعذر لاستلزامه توارد العلل المستقلة بالاجتماع على
معلول واحد بالشخص وهو محال كما تقرر في موضعه وأما ثانيا فلان سراح الكتاب وغيره هم صرحوا
في الفصل الاول بأن جواب المسئلة جواب الاستحسان والقياس لا يقتضيه لان المعتبر في القصاص
المماثلة ولا مماثلة بين الواحد والجماعة قطعا بل بديممة الكثائر كتنا القياس باجماع الصحابة على قتل
جماعة بواحد فالقول ههنا بتحقق التماثل في الفصل الاول أيضا ينافي ذلك اذ يلزم حينئذ أن يكون
جواب المسئلة ههنا جواب القياس والاستحسان معا فان قلت ليس المراد أن كل واحد منهم قاتل
بوصف الكمال حقيقة بل المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال في اعتبار الشرع تحققة المماثلة
المعتبرة في القصاص فيحصل الجواب عن وجهي الاشكال معا قلت توارد العلل المستقلة بالاجتماع
على معلول واحد بالشخص ممنوع عقلي واعتبار الشرع ما هو بمنع الوقوع واقعا مما لا وقوع له في شيء
ولو فرضنا وقوعه لا يظهر له فائدة فيما نحن فيه لانهم صرحوا بأن شرع المماثلة في القصاص لئلا يلزم
الظلم على المعتدى على تقدير الزيادة ولئلا يلزم الجنس لحق المعتدى عليه على تقدير النقصان ولا شك
أن الظلم والجنس انما يندفعان بتحقق المماثلة الحقيقية وأما في مجرد اعتبار غير المماثل مماثلا فلا
يخلو الأمر عن الظلم أو الجنس حقيقة وهذا غير واقع بل غير جائز في أحكام الشرع (قوله ولأنه وجد
من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزأ) أقول لقاتل أن يقول
حاصل هذا الدليل بيان وجه قوله في الدليل الاول ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فلا وجه لجعله
دليلا مستقلا معطوفا على الدليل الاول بقوله ولأنه وجد من كل واحد منهم جرح صالح لان صاحب العناية

وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب للباقيين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم ونسبت
الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت فرعته له أن الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق
في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا أنه عرف بالشرع ولنا أن كل واحد
منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولأنه
وجد من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزأ

والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد وربوع على
ذلك بقوة أثره الباطن وهو أحياء حكمه الأحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق
الروح الغير المنجزى كشخص واحد انتهى كلامه أقول فيه نظرا لان جعل الاشخاص المتعددة الذوات
في الحقيقة كشخص واحد مجرد صدور ازهاق الروح الغير المنجزى عن مجموعهم وجعلهم مساوين
شخص واحد بحيث يتحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة في القصاص بعيد
جدا عن مساعدة العقل والنقل وأيضا ينافي هذا ما سياتي في تعليل المسئلة الآتية من أن الأصل عند
أئمتنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فكان الصادر منهم بهذا الاعتبار قتلات متعددة على عدد
رؤسهم فحصلت المماثلة المعتبرة في القصاص والحق عندى هنا أن يقال ان قوله تعالى ان النفس بالنفس
لا ينافي ما قالوا في هذه المسئلة اذ دلالة فيه على اعتبار الوحدة في النفس بل فيه مجرد مقابلة جنس
النفس بجنس النفس كما ترى والمقصود منه الاحتراز عن أن يقتصر النفس بغير النفس كما في قوله تعالى
والعين بالعين والالف بالالف ونحوهما وأما أنه هل يتحقق المماثلة المعتبرة في القصاص عند تعدد
النفس في جانب القاتل أو المقتول فانما يستفاد ذلك من دليل آخر ألا يرى أن العين اليمنى لا تقتصر
بالعين اليسرى وكذا العكس مع أن قوله تعالى والعين بالعين لا يدل عليه نظر الى ظاهر إطلاقه بل انما
يستفاد ذلك من دليل آخر فكذا هنا تبصر (قوله ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء
التماثل أصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص) أقول فيه اشكال أما أولا فلان
كون كل واحد منهم قاتلا بوصف الكمال أمر متعذر لاستلزامه توارد العلل المستقلة بالاجتماع على
معلول واحد بالشخص وهو محال كما تقرر في موضعه وأما ثانيا فلان سراح الكتاب وغيره هم صرحوا
في الفصل الاول بأن جواب المسئلة جواب الاستحسان والقياس لا يقتضيه لان المعتبر في القصاص
المماثلة ولا مماثلة بين الواحد والجماعة قطعا بل بديممة الكثائر كتنا القياس باجماع الصحابة على قتل
جماعة بواحد فالقول ههنا بتحقق التماثل في الفصل الاول أيضا ينافي ذلك اذ يلزم حينئذ أن يكون
جواب المسئلة ههنا جواب القياس والاستحسان معا فان قلت ليس المراد أن كل واحد منهم قاتل
بوصف الكمال حقيقة بل المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال في اعتبار الشرع تحققة المماثلة
المعتبرة في القصاص فيحصل الجواب عن وجهي الاشكال معا قلت توارد العلل المستقلة بالاجتماع
على معلول واحد بالشخص ممنوع عقلي واعتبار الشرع ما هو بمنع الوقوع واقعا مما لا وقوع له في شيء
ولو فرضنا وقوعه لا يظهر له فائدة فيما نحن فيه لانهم صرحوا بأن شرع المماثلة في القصاص لئلا يلزم
الظلم على المعتدى على تقدير الزيادة ولئلا يلزم الجنس لحق المعتدى عليه على تقدير النقصان ولا شك
أن الظلم والجنس انما يندفعان بتحقق المماثلة الحقيقية وأما في مجرد اعتبار غير المماثل مماثلا فلا
يخلو الأمر عن الظلم أو الجنس حقيقة وهذا غير واقع بل غير جائز في أحكام الشرع (قوله ولأنه وجد
من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزأ) أقول لقاتل أن يقول
حاصل هذا الدليل بيان وجه قوله في الدليل الاول ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فلا وجه لجعله
دليلا مستقلا معطوفا على الدليل الاول بقوله ولأنه وجد من كل واحد منهم جرح صالح لان صاحب العناية

قال المصنف (ولأنه وجد

من كل واحد جرح صالح

للازهاق) أقول هذا الوجه تفصيلي وشرح للوجه الاول كما لا يخفى

(ولان القصاص شرع مع المنافي) وهو قوله صلى الله عليه وسلم الاتى ببيان الرب ملعون من هدم ببيان الرب (لتحقيق الاحياء
وتحقيق الاحياء قد حصل (٢٨٠) بقتله) أى بقتل القاتل (فاكتفى به) ولا شئ لهم غير ذلك وقوله

(ومن وجب عليه
القصاص) ظاهر قال
(واذا قطع رجلا من
رجل واحد الخ) تعدد
الجاني في الاطراف ليس
كتعدد في النفس عندنا
فانما قطع ايدافلاقصاص
أصلا وقال الشافعي
رجه الله ان وضع أحدهما
السكين من جانب والاخر
من آخر وأمر حتى التقي
السكينان فالحكم كذلك
لان كلامهم ما لم يقطع الا
بعض اليد فلا يقطع به كل
يده وان أخذنا سكيننا
وأمرها على يده حتى
انقطعت قطعت أيديهما
اعتبارا بالنفس اما لكونها
تابعة لها واما أن يجمع
بينهما بجامع الزجر ولنا أن
كلامهم ما قطع بعض
اليد سواء كان المحل متحدا
أو مختلفا لانا نعلم أن
ما انقطع بفعل أحدهما
لم يقطع بفعل الآخر
وقاطع بعض اليد لا يقطع
كل يده قصاصا لا تنفاه
المماثلة وهذا لان المحل
متجز فان قطع بعض وتترك
بعض متصور فلا يمكن
أن يجعل كل واحد فاعلا
كمما بخلاف النفس فان
الانزهاق لا يتجزأ وقد

ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به قال (ومن
وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص) لفوات محل الاستيفاء فأشبهه موت العبد الجاني
وبنا في فيه خلاف الشافعي اذا الواجب أحدهما عنده قال (واذا قطع رجلا من رجل واحد
فلاقصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية) وقال الشافعي تقطع يدهما والمفروض اذا أخذنا
سكيننا وأمرها على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالنفس والايدي تابعة لها فأخذت حكمها أو يجمع
بينهما بجامع الزجر ولنا أن كل واحد منهما ما قاطع بعض البدل لان الانقطاع حصل باعتماديهما
والمحل متجزى فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا تماثلة بخلاف النفس لان الانزهاق
لا يتجزأ ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع البدن الفصل في
حيز النادرة لا فتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال (وعليه ما نصف الدية) لانه دية
البدل الواحد وهما قطعاهما (وان قطع واحد يميني رجلين فضر افله ما أن يقطع عاينه وبأخذنا
منه نصف الدية يقسمانه نصفين سواء قطعهما معا أو على التعاقب) وقال الشافعي في التعاقب يقطع
بالاول وفي القرآن يقرع لان البدل استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها الثاني كالرهن بعد الرهن وفي
القرآن البدل الواحد لا تفي بالحقين فترجى بالقرعة ولنا أنهم ما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان
في حكمه كالغريمين في التركة

قال في شرح هذا الدليل يعني أن القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث
لو انفرد عن الباقي كان قاتلا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا بد من الاضافة اليها فاما أن
يضاف اليها توزيعا وكلا الاول باطل لعدم التجزى فتعين الثاني ولهذا الوجه جاعة كل واحد منهم
أن لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حشوا انتهى أقول فيه نظرا لانه لا يلزم من أن لا يجوز اضافة القتل الى
تلك العلل توزيعا بناء على أن القتل لا يتجزأ تعين أن يضاف الى كل واحد منهم كلابل يجوز أن يضاف كلا
الى مجموع تلك العلل من حيث هي مجموع بل هو الظاهر لئلا يلزم توارد العلل المستقلة بالاجتماع على
معلول واحد بالشخص فينبذ لا يتم المطلوب كما لا يخفى ويمكن توجيه مسئلة الحلف بأن مدار الايمان
على العرف كما صرحوا به في محله فاد اجتمعت جاعة على قتل رجل ووجد من كل واحد منهم جرح
صالح لازهاق الروح يقال لكل واحد منهم في العرف انه قتل فلانا وان كان القتل في الحقيقة كلا
مضافا الى مجموعهم من حيث هو مجموع فجاز أن يكون بناء حث كل واحد منهم في مسئلة الحلف
على العرف وأما القصاص فالمعتبر فيه الحقيقة لا غير ثم أقول كل واحد من ذينك الدليلين
الذكرين في الكتاب انما يتمشيان فيما اذا حضرا واياء المقنولين وقتلوا القاتل جملة وأما فيما
اذا حضروا أحد منهم وقتل القاتل وحده فسقط حق الباقي كما ذكرنا في الكتاب فلا تشبه لشيئ
منهم ما اذا يتصور أن يقال لاحد من الباقيين الغير الحاضرين الذين لم يباشروا القتل أصلا انه قاتل
فضلا عن أن يقال له انه قاتل بوصف الكمال وكذا لا يتصور أن يقال لاحد منهم انه وجد منه جرح
صالح لازهاق فينبغي أن يجب للباقيين المال في هذه الصورة فليتأمل (قوله ولان القصاص شرع
مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به) أقول فيه كلام وهو أن تحقيق الاحياء
حكم القصاص وبمجرد حصول حكمته لا يتم أمره بل لا بد من حصول شرائطه أيضا ومن جعلها
المماثلة ألا يرى أنه لا يقتل المسلم ولا الذي بالمستأمن وكذا لا يقتل أحد بولده ولا بولده ولا بعبد

وهو الباقي ظاهر وقوله (وان قطع واحد يميني رجلين) قيد بذلك لانه لو قطع بين أحدهما
وبسار الاخر قطعت يدا لا يقال تقتني المماثلة حينئذ لانه ما قوت على كل واحد منهما جنس المنفعة وهما قوتاه عليه لان المعترف
حق كل واحد منهما استوفاه وليس في ذلك تفويت جنس المنفعة ولا زيادة على حقه

قوله (والقصاص ملك الفعل ثبت مع المتأني) يعني لان من عليه القصاص حرجاوب عن قوله لان البسداستحقها الاول وتقرر به ان
لقصاص ملك الفعل ثبت ضرورة الاستيفاء فلا يتعدى الى شغل المحل الخالي بنجزته عنه واذا لم يكن المحل مشغولا لم يمنع عن ثبوت
الثاني بخلاف الرهن لان الحق في المحل لكونه مملوكا وقوله (ولتردد حق الآخر) يعني أن حق الحاضر ثابت في البسدة ومن جهة الآخر
له في الاستيفاء موهومة عسى أن يعفو أو لا يحضر فلا يؤخر المعلوم للموهوم كأحد الشفيعين اذا ادعى الشفعة والاخر غائب يقضى
بالجميع له كذلك وقوله (لانه أوفى به حقا مستحقا) يعني أنه اذا قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فيقضى للآخر بالأرش وقوله
(واذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود) وانما قيد بالمد لانه لو أقر بالخطا لا يجوز سواء كان مأذونا أو محجورا أما المحجور فظاهر وأما المأذون
فلانه ليس من التجارة وقوله (حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص) (٣٨١) توضيح لبقائه على الحرية وكل ما لا يصح اقرار المولى

على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر
ولهذا وقع طلاق زوجته
بالاقرار لوقوعه بالايقاع
واذا أقر بسبب يوجب
الحد يؤخذ به وقوله
(والفعل يتعدد بتعدد
الاثر) قبل فان الرمي اذا
أصاب حيوانا ومزق جلده
سمى جرحا وان قتله سمي
قتلا وان أصاب الكوز
وكسره سمي كسرا فكذلك
يجوز أن يكون بالنسبة الى
محل عمدا وبالنسبة الى
آخر خطأ وفيه نظر لان ذلك
تسمية الفعل الواحد بأسماء
مختلفة بالنسبة الى المحال
ولا نزاع فيه وانما الكلام
في أن يتعدد الفعل الواحد
فيصير فعلين متضادين
والاولى أن يقال معناه أن
الفعل يوصف بوصفين
متضادين بالنسبة الى أمرين

والقصاص ملك الفعل ثبت مع المتأني فلا يظهر الا في حق الاستيفاء أما المحل فلو عنه فلا يمنع ثبوت
الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل فصار كما اذا قطع العبد يمينه ما على التعاقب فستحق
رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فلا آخر عليه نصف الدية لان الحاضر أن يستوفي ثبوت
حقه وتردد حق الغائب واذا استوفي لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه أوفى به حقا
مستحقا قال (واذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود) وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقي حق
المولى بالابطال فصار كما اذا أقر بالمال ولنا أنه غير متمم فيه لانه مضربه فيقبل ولان العبد مبقى على
أصل الحرية في حق الدم عملا بالادمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق
المولى بطريق الضمن فلا يبالى به (ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخرها فافعله القصاص
للاول والدية للثاني على عاقلته) لان الاول عمد والثاني أحد نوعي الخطا كأنه رمى الى صيد فأصاب آدميا
والفعل يتعدد بتعدد الاثر

ولا يعمد به ولا يمكن تسميته الى غير ذلك مع أن حصول تحقيق الاحياء منصوص في جميع ذلك وانما لا يجب
القصاص في تلك الصور لا تنفاه بعض شرائطه أو لتحقيق بعض موانعه وعندنا أن قال الشافعي فيما
نحن فيه ان الموجد من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلم يوجد التماثل الذي هو مبني
القصاص كيف يتم أن يقال في مقابلة قد حصل تحقيق الاحياء بقتله فاكتفى به ولعل صاحب السكافي
فهو ضعف هذا التعليل حيث ترك ذكره مع كون عادته أن يقتني أثر صاحب الهداية (قوله
لان الاول عمد والثاني أحد نوعي الخطا) قال صاحب الغاية وهو خطأ في القصد أقول هذا خطأ
ظاهر اذ قد مر في الكتاب أن الخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرى شخصا يظنه صيدا فاذا هو
ادى أو يظنه مرييا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرى غرضا فيصيب آدميا ولا شك أن ما نحن
فيه من قبيل الثاني دون الاول ومن البين فيه قول المصنف هنا كأنه رمى الى صيد فأصاب آدميا
(قوله والفعل يتعدد بتعدد الاثر) قال صاحب العناية قبل فان الرمي اذا أصاب حيوانا ومزق
جلده سمي جرحا وان قتله سمي قتيلا وان أصاب الكوز وكسره سمي كسرا فكذلك يجوز أن يكون

(٣٦ - تكملة فامن) كالحركة مثلا فانه يجوز أن توصف بالسرعة بالنسبة الى حركة وبالبطء بالنسبة الى أخرى فكذلك هذا الفعل
يوصف بالعمد نظرا الى قصده بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطا نظرا الى عدمه بالنسبة الى الثاني ولقائل أن يقول الخطأ يستلزم اياحة
لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون الا مراد اثنان الخطر والاباحة ولم يوجد والجواب أن الخطأ هو تحقيق الجنابة في انسان مخالف لظن
الجانبي كن رمي الى شيء يظنه صيدا فاذا هو انسان أول قصده مطلقا كن رمي الى هدف فأصاب انسانا وكالذي نحن فيه والرمي بالنسبة الى
المخالف لهما كالرمي لا الى معين وذلك مباح لا محالة وانما قلنا مطلقا ليجزى من قصد قطع بدرجل بسيف فأصاب عنقه ومات فانه عمد لانه
ليس بمخالف للمقصود من كل وجه فان قطع اليد قد يكون قتيلا بالسراية بخلاف ما اذا قصد ذلك فأصاب رقبته غيره فخرها أو رمى الى شخص
فأصاب غيره فمات فان ذلك خطأ لان قطع بدرجل أو قتله لا يكون قتيلا لغيره فكان مخالف من كل وجه

(قوله كالحركة مثلا فانه يجوز أن توصف بالسرعة الخ) أقول السرعة والبطء من الاعراض النسبية ولا كذلك العمد والخطأ
(قوله وهو لا يكون الا مراد اثنان الخ) أقول قوله هو راجع الى قوله سببا (قوله أو قصده مطلقا الى قوله والرمي بالنسبة الى المخالف لهما)
أقول قوله أو قصده معطوف على قوله لظن الجاني وقوله لهما ناظر الى الظن والقصد في قوله لظن الجاني وفي قوله أو قصده مطلقا

فصل ذكر حكم
الفاعلين عقيب فعل
واحد في فصل على حدة
رعاية للتناسب (ومن
قطع يد رجل خطأ
ثم قتله عمدا) القطع
والقتل اذا حصل في
شخص واحد كانا على
وجهه أن يكونا خطابين
أو عمدين أو يكون القتل
خطأ والقطع عمدا أو
بالعكس فذلك بالقسمة
العقلية أربعة ثم ان كل
واحد منهما اما أن يكون
قبيل البرء أو بعده فذلك
ثمانية أوجه وكل ذلك اما
أن يتحقق من شخص
واحد أو شخصين فذلك
ستة عشر وجهها فان كانا
من شخصين يفعل بكل
واحد منهما ما وجب فعله
من القصاص وأخذ
الارش مطلقا لان التداخل
انما يكون عند اتحاد المحل
لا غير وان كانا من شخص
واحد فإيجاب موجب
الفاعلين أو اهدار أحدهما
مبنى على أصل ذكره
المصنف رحمه الله بقوله

فصل ومن قطع (قوله
ثم ان كل واحد منهما)
أقول أي من الفاعلين (قوله
لان التداخل انما يكون
الح) أقول فيه بحث لكن
جوابه ظاهر فان المراد
بالمحل هو مصطلح المتكلمين
وهو القاتل هنا فانه الذي
يقوم به القتل

فصل قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده أو قطع يده عمدا ثم قتله خطأ أو قطع يده خطأ برأت يده ثم قتله خطأ أو قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا)

بالنسبة الى محل عمدا وبالنسبة الى آخر خطأ وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد بأسام مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد فيصير فاعلين متضادين انتهى أقول نظره ساقط اذا ظاهر أن ما ذكره ذلك القائل تسمية الفعل الواحد بمجئيات انضمام قيود مختلفة وأوصاف متضادة اليه بأسام مختلفة لا تسمية ذلك الفعل الواحد من حيث هو وفعل واحد بتلك الاسامي المختلفة ألا يرى أن الرمي من حيث انه أصاب الكوز لا يسمى جرحا ولا قتل لا بل يسمى كسرا وكذا من حيث انه أصاب حيوانا فمزق جلده أو قتله لا يسمى كسرا بل يسمى جرحا أو قتلًا وإذا تقرر أن اختلاف تلك الاسامي باختلاف الأوصاف المنضمة الى ذلك الفعل تقرر اختلاف مسميات تلك الاسامي أيضا فكان مناسبًا لما نحن فيه مفيد انه ثم ان قوله وانما الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد فيصير فاعلين متضادين ان أراد به أن الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد بحسب الذات بحيث يصير فاعلين مختلفين في الحقيقة فلا نسلم أن الكلام فيه بل لانسليم امكان ذلك وان أراد به أن الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد بتعدد الأوصاف المتضادة المنضمة اليه فهو مسلم لكن هذا التعدد يحصل قطعا بتعدد الاسامي تعددا ناشئا من تعدد المسميات بالحجيات المختلفة كما هو الواقع ومراد ذلك القائل كما عرفت انفا ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول الخطأ ليس يتلزم اباحة لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون الامر اذا ترا بين الخطر والاباحة ولم يوجد ههنا والجواب أن الخطأ هو تحقق الجنابة في انسان مخالف لظن الجاني كمن رمى الى شيء يظنه صيدا فاذا هو انسان أو لقصده مطلقا كمن رمى الى هدف فأصاب انسانا أو كذا في نحو فيه والرمي بالنسبة الى المخالف لهما كالرمي لا الى معين وذلك مباح لاحتماله انتهى أقول في تحرير جوابه نوع خلل فان تمثيل قوله أو لقصده مطلقا بقوله كمن رمى الى هدف فأصاب انسانا وكذا في نحو فيه يشعر بأن تكون الاصابة لانسان عند الرمي الى هدف وكذا ما نحن فيه من قبيل الخطأ في القصد وليس كذلك قطعا اذ كل من قبيل الخطأ في الفعل كما بينا من قبل

فصل في حكم الفاعلين لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر في هذا الفصل حكم الفاعلين لان الاثنين بعد الواحد كذا في الشروع (قوله ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده الخ) أقول لقائل أن يقول اذا اختلف حكم الفاعلين بأن يكون أحدهما عمدا والآخر خطأ يعطى كل واحد حكم نفسه سواء تداخل بينهما البرء أو لم يتداخل كما سينكشف في الاصل الآتي ذكره فيكون قوله قبل أن تبرأ يده في وضع هذه المسئلة مستند كالتام جوابه او هو أن يؤخذ بالامرين جميعا بدون ذكر ذلك القيد بل يوهم ذكره أن لا يكون الجواب كذلك فيما بعد أن تبرأ يده بناء على أن تخصيص الشيء بالذكري الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به وعن هذا قال في وضع المسئلة الثانية أو قطع يده عمدا ثم قتله خطأ بدون ذكر ذلك القيد ثم أقول يمكن أن يقال فائدة ذكر ذلك القيد في المسئلة الاولى التنبيه من أول الامر على أن تداخل البرء ليس يؤثر فيما اذا اختلف الفعلان فانه اذا أعطى كل واحد منهما حكم نفسه فيما اذا لم يتداخل البرء ففيما اذا تداخل ذلك أولى وبهذا يدفع إيهام أن لا يكون الجواب فيما اذا تداخل البرء كالجواب فيما اذا لم يتداخل فان تخصيص الشيء بالذكري الروايات على نفي الحكم عما عداه أن لو لم يكن ما عداه أولى بنسب الحكم المذكور له وأما اذا كان أولى بذلك فيدل على اشتراك ما عداه معه في الحكم المذكور بالأولوية بطريق دلالة النص بلاريب وما نحن فيه من

(والاصل فيه أن الجمع) يعني الاكتفاء بموجب أحدهما واجب ما أمكن تنمي الأول لان القتل في الاعم يعني في غالب الاوقات يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل الثاني متمم الاول ويجعل الكل واحدا الآن لا يمكن الجمع اما باختلاف الفعلين وصفاً وموجباً وتخلل البرء فينشد يعطى كل واحد حكم نفسه فان تخلل البرء فلا جمع أصلاً لان الفعل الاول قد انتهى فيكون القتل بعده ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهما وان لم يتخلل وقد اختلفا جنساً فكذلك كما في الصورتين الاوليين وان نجاسا خطأ جاع بالاجماع لا مكان الجمع بانتفاء المانع وهو تخلل البرء والاختلاف واكتفى (٢٨٣) بديه واحدة وان نجاسا عمدا

فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة رحمه الله الولي بالخيارين أن يقطع ثم يقتل وبين أن يقتل وقال لا يقتل ولا يقطع وقوله (فإن شاء الامام قال اقطعه) قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله يشير الى أن الخيار للامام عند أبي حنيفة رحمه الله وليس كذلك بل الخيار للولي فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه يبين لهم أن لهم الخيار قالوا لا يمكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وقال بل الجمع متعذرا ما للاختلاف بين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقطع وهو متعذر أولان الحزب يقطع اضافة السرية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتحلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطئين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة

والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن تنمي الأول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الآن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخر لتخلل البرء وهو قاطع للسرية حتى لو لم يتخلل وقد نجاسا بان كانا خطئين يجمع بالاجماع لا مكان الجمع واكتفى بديه واحدة (وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يقتل ولا يقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله أن الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقطع وهو متعذر أولان الحزب يقطع اضافة السرية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتحلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطئين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة

هذا القليل ثم انه لما حصل التنبيه على ذلك في المسئلة الاولى حصل الاستغناء عنه في المسئلة الثانية لاشتراكهما في اختلاف الفعلين ولهذا لم يذكر ذلك القيد فيها ثم لما جاء الى المسئلة الثالثة والرابعة قيد هما بتخلل البرء لتجانس الفعلين عمدا وخطأ فيهما ما فلا بد في الاخذ بالامرين جميعا من تخلل البرء في البين (قوله فصار كتحلل البرء) قال بعض الفضلاء منقوض بما اذا كان كلاهما خطأ أقول كيف يكون منقوضا بذلك وقد تداركه المصنف صراحة فيما بعده حيث قال وبخلاف ما اذا كانا خطئين وعلمه بتعليقين بآراء تعليلي أبي حنيفة ما اذا كانا عمدين وتعليقه الثاني وهو قوله ولان أرض البسدا نجا يجب عند استحكام أثر الفعل الخداف قطع التوهم انتقاض قوله فصار كتحلل البرء بما اذا كانا خطئين تأمل تفهم وقال صاحب معراج الدراية فان قيل لو كان بمنزلة تخلل البرء ينبغي أن لا يكون للامام خيار كالتخلل البرء قلنا المسئلة مجتهد فيها بالقاضي يقضى على ما وافق رأيه انتهى أقول في الجواب نظر فان قول المصنف بعد بيان خيار الامام وهذا عند أبي حنيفة يأتى هذا الجواب جدا فان قضاء القاضي في المسئلة المجتهد فيها على ما وافق رأيه ليس بقول أبي حنيفة فقط بل صاحباه أيضا يقولان به كما لا يخفى على العارف بمسائل الفقه ثم ان هذا كله على تقدير أن يكون الخيار للامام عند أبي حنيفة وأما اذا كان الخيار للولي عنده كما ذكره شمس الأئمة السرخسي ونقل عنه السراج قاطبة حتى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك عنه فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه يبين لهم أن لهم الخيار فلا تمسح رأسا للسؤال على الوجه المذكور نعم يرد أن يقال فإمعنى قول أبي حنيفة في هذه المسئلة بأن الولي الخيار مع الجزم في المسائل السابقة بأن يؤخذ بالامرين جميعا وعلة

بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطئين لان الموجب هو الدية وهو بدل النفس من غير اعتبار المساواة (قوله وصفاً وموجباً) أقول كما في الخلافية فان موجب القطع العمدا القطع والقتل العمدا القتل لأن القصاص يبنى عن المماثلة بخلاف الدية وهذا عند أبي حنيفة قال المصنف (فان شاء الامام قال اقطعه ثم اقتلوه) أقول قال السكاكي وقيل معنى ما قال في المتن أن هذا من الامام اجتهاد في محله فعليه أن يتبعه فيما يقطع الامام خياره عليه انتهى (قوله في محله) أي محل الاجتهاد لا يرى الى خلاف الامامين (قال المصنف فصار كتحلل البرء) أقول منقوض بما اذا كان كلاهما خطأ

وقوله (ولان أورش البسد) دليل آخر على جواز الجمع اذا كانا خاطئين وتقريره أورش البسد انما يجب عند استحكام أثر الفعل يعني القطع بانقطاع نوه السراية وذلك انما يكون بالحز القاطع للسراية فأورش البسد انما يجب بالحز القاطع للسراية وبه يجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة الحز وفي ذلك تكرار دية البسد لان ضمان الكل يشملها والتكرار فيه غير مشروع فلا يجتمعان فان قبل قصاص اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان قلنا بل يجتمعان لان مبنى القصاص المساواة وهي انما تحقق باجتماعهما وهذا في غاية التحقيق لان المدمم بناء على التغليظ والتشديد ولهذا تقتل العشرة بالواحد وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه وأما الخطأ فبناء على التخفيف ألا ترى أن الدية لا تعدد بتعدد القاتلين فاعتبار التغليظ فيه لا يكون مناسباً قال (ومن ضرب رجلاً مائة سوط فبرأ الخ) ومن ضرب رجلاً تسعين سوطاً في مكان وعشرة في مكان فبرئ من تسعين وبرى موضع العشرة ومات منه ففيه دية واحدة لما ذكر في الكتاب وقوله (وكذا كل جراحة اندملت) يعني مثل أن كانت شجة فالتحمت ونبت الشعر فأنها لا تبقى معتبرة لافي حق الارش ولا في حق حكومة عدل وانما تبقى في حق التعزير على أصل أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف رحمه الله (٣٨٤) في مثله حكومة عدل وسيأتي تفسيرها في آخر فصل الشجاج

ولان أورش البسد انما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان أما القطع والقتل قصاصاً يجتمعان قال (ومن ضرب رجلاً مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة) لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر على أصل أبي حنيفة وعن أبي يوسف في مثله حكومة عدل وعن محمد أنه يجب أجرة الطبيب (وان ضرب رجلاً مائة سوط وجرحته وبقي له أثر يجب له حكومة عدل) لبقاء الأثر والارش انما يجب باعتبار الأثر في النفس قال (ومن قطع يدرجل فعفا المقطوعة بده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو ومن الثلث وان كان عمداً فهو من جميع المال) وهذا عند أبي حنيفة وقالوا اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضاً وعلى هذا الخلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى إلى النفس ومات لهما أن العفو عن القطع عفو عن موجب وموجب القطع لو اقتصر أو القتل اذا سرى فكان العفو عنه عفو عن أحد موجبيه أيهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفو عن نوعيه تعذر الجمع متحقق في الكل عنده بلا تفاوت كما تبين في الكتاب (قوله ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فكان العفو عنه عفو عن نوعيه) أقول أسلوب التحرير يقتضي أن يكون ما سبق دليلاً تاماً له ما وهذا أيضاً دليلاً آخر مستقلاً لهما لکن لا يخفى على الفطن أن ما سبق لا يتم دليلاً لهما

وعن محمد رحمه الله أنه يجب أجرة الطبيب (وان ضربه مائة سوط وجرحته وبقي له أثر يجب له حكومة عدل) دون الارش لان حكومة عدل انما تكون لبقاء الأثر وهو موجود والارش انما يجب باعتبار الأثر في النفس بان لم يبرأ وليس بموجود وهذا يشير إلى أنه ان لم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق وان جرح واندمل ولم يبق لها أثر فكذلك كما هو أصل أبي حنيفة رحمه الله لانه لم يكن الا مجرد

الأم وهو لا يوجب شيئاً كالوضربه ضرباً مؤلماً ومثل هذه المسئلة مع هذا الاختلاف ودليلاً يأتي قبل فصل الجنين وصار (قوله ومن قطع يدرجل الخ) اعلم أن العفو عن القطع والشجة والجراحة ليس بهفو عما يحدث منه عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما فاذا وقع شيء من ذلك وعفا المحن عليه عنه ثم سرى ومات فعلى الجاني الدية في ماله عنده وقالوا لا شيء عليه لان العفو عن القطع عفو عن موجب لان الفعل عرض لا يبقى فلا يتصور العفو عنه فيكون العفو عنه عفو عن موجب وموجب اما القطع أو القتل اذا اقتصر أو سرى فكان العفو عنه عفو عن موجب ولا يتناول الساري والمقتصر فان الاذن بالقطع اذن به وبما حدث منه حتى اذا قال شخص لا أخرا قطع يدي فقطعه ثم سرى إلى النفس لم يضمن والعفو اذن انتهاه فيعتبر بالاذن ابتداء

(قوله فان قيل الى قوله فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان) أقول معارض بما اذا قتل واحد جماعة عمداً حيث يجب قتل واحد وان قتلهم خطأ يجب ديات قال المصنف (والارش انما يجب باعتبار الأثر في النفس) أقول قال في المضمرة كأن قاتلاً يقول لما وجب أورش النفس ينبغي أن لا تجب حكومة العدل فأجاب عنه بقوله والارش الخ انتهى وشرح كلام المصنف بهذا الوجه أولى لصدر الفاعلين من القاتل وعلى ما ذكره الاكل يكون ذكر هذه المسئلة هنا استطراداً قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير قال الفقيه أبو الليث ما قال في الكتاب انه يجب فيه دية واحدة فيما إذا برأ ولم يبق له أثر ما إذا بقي له أثر ينبغي أن يجب أورش الضرب وهو حكومة عدل بالأسواط ودية واحدة بالقتل انتهى

فصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول السارية والمقتصرة فكذا هذا ولا يبي حنيفة رحمه الله ان سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد تحقق والمائع منتف لان العفو لم يتناول بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل لا محالة وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه فها هو حقه لم يعف عنه وما عفا عنه فليس بحقه فلا يكون معتبرا الا ترى ان الولي لو قال بعد السراية عفوتك عن اليد لم يكن عفوا ولو قال المجنى عليه عفوتك عن القتل واقتصر القطع لم يكن عفوفا فكذا اذا عفا عن اليد ثم سرى واذا لم يكن العفو معتبرا وجب الضمان والقياس يقتضي القصاص لانه هو الموجب للعمد الا ان اثر كذاه لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دائرة للقود فتجب الدية وقوله (ولانسلم ان الساري نوع من القطع) جواب عن قوله ما فيكون العفو عفا عن نوعه وفيه نظر فانه منع كون السراية صفة له ويقال سرى القطع وقطع سار فكيف يصح ذلك والجواب ان المراد صفة

(٢٨٥)

منوعة وهي ليست كذلك بل هي مخرجة عن حقيقة كما يقال عصير مسكر وقوله (بل الساري قتل من الابتداء) اضرب عن قوله نوع من القطع وذلك لان القتل فعل مزيل للروح ولما انزهق الروح به عرفنا انه كان قتلا وقوله (وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعاً) جواب عن قوله أو القتل اذا سرى يريد ان القتل ليس بموجب لقطع من حيث كونه قطعاً لانه اذا سرى ومات تبين ان هذا القطع لم يكن له موجب أصلاً انما النابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف الى القطع مضافاً الى غير محله فلا يصح واذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفو عن القتل وهو معنى قوله فلا يتناول

وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناول بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا ان في الاستحسان تعجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دائرة للقود ولانسلم ان الساري نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعاً فلا يتناول العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافاً

بدون انضمام هذا اليه لانه اذا لم يتقرر ان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر لا يتقرر كون القتل أحد موجبي القطع فانه اذا لم يتناول اسم القطع الساري أيضاً لا يتصور كون القتل أحد موجبي القطع اذا لم يحتمل أن يكون القطع مقتصر موجباً للقتل أيضاً تدبر (قوله وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس) قلت وكان ينبغي أن يقول وكان الظاهر أن يجب القصاص بدل قوله وكان ينبغي أن يجب القصاص لان الذي ينبغي هو موجب الاستحسان دون موجب القياس الا أن موجب القياس هو الظاهر في بادئ الرأي (قوله ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافاً) قال جمهور الشراح في بيان هذه الوجوه وهي الاربعة التي هي العفو عن القطع مطلقاً والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية انتهى أقول ليس هذا بسد بديلان معنى كلام المصنف ههنا أن محمد ارحمه الله أجرى القطع خطأ مجرى العمد في هذه الوجوه المذكورة في المسئلة المارة التي هي من مسائل الجامع الصغير والعفو عن الشجة لم يكن مذكوراً في كلام محمد في الجامع الصغير وانما ذكره في الاسلام في شرح الجامع الصغير حيث قال وكذلك الاختلاف في الضرب والشجة والجراحة في اليد وما أشبه ذلك وكذا ذكره المصنف في الهداية دون البداهة حيث قال وعلى هذا الاختلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات والمصنف هنا بصدد بيان ما يتناول كلام محمد في المسئلة المارة التي هي مسألة الجامع الصغير فكيف ينصرون رج العفو عن الشجة في مضمون

العفو وقوله (بخلاف العفو عن الجناية) ظاهر وقوله (في هذه الوجوه) وهي العفو عن القطع مطلقاً والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية (وفاقاً) وهو في موضعين أحدهما أن العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما اذا كان القطع خطأ والثاني العفو عن الجناية فانه عفو عن الدية أيضاً (وخلافاً) وهو أيضاً في موضعين أحدهما أن العفو عن القطع مطلقاً عفو عن الدية عندهما اذا كان خطأ وعند أبي حنيفة رحمه الله يكون عفو عن أرش البدل لا غير والثاني أن العفو عن الشجة عفو عن الدية اذا سرت عندهما وعند من أرش الشجة لا غير

(قال المصنف وان السراية صفة له) أقول أي صفة منوعة فلا يرد عليه شيء (قوله انما النابت موجب القتل وهو الدية) أقول الاظهر أن يقول وهو القصاص

يده عن القطع غير متعرض للعد والخطا ومنع الاطلاق بأن قوله فعلى القاطع الدية في ماله يدل على أنه في العمد لان الدية في الخطا على العاقلة وأجيب بأن الوضع مطلق لا محالة والجواب انما هو لاحد فوعيه وتقريره فعلى القاتل الدية في ماله ان كان القطع عمدا وقوله (كما لو أوصى باعارة أرضه) يعني اذا تبرع بمنافع أرضه في مرضه بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات المعبر كان ذلك من جميع المال لان المنافع ليست بأموال وفيه بحث من أوجه الأول أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة الثاني أن الوصية باعارة أرضه باطلة وان صحت حكمه التهايت يسكن الموصى له يوما والورثة يومين ان لم يقبل القسمة وان قبلها يفرز الثلث للموصى له والثالث أن المنافع أموال فكيف صارت نظير المال ليس بمال والجواب عن الاول أن المصنف رحمه الله تعالى نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلاف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال أيضا أن لا يثبت فيه تعلق حقهم الابعدموت المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله صلى الله عليه وسلم لان تدع ورثتك أما

آذن بذلك اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا أوصى باعارة أرضه

ذلك كما فعله جمهور الشراح حيث فسروا هذه الوجوه في قوله فقد أجاز مجرى العمد في هذه الوجوه بما يشمل العفو عن الشجة أيضا فالوجه أن مراد المصنف بهذه الوجوه الثلاثة وهي العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الجنابة لان هذه الثلاثة هي المذكورة في مسألة الجامع الصغير وأما العفو عن الشجة فقد ذكره المصنف فيما مر استطرادا وبين أن حكمه كحكم ما ذكر في مسألة الجامع الصغير أخذنا ما ذكره في الاسلام في شرح الجامع الصغير (قوله آذن بذلك اطلاقه) أي أعلم بذلك اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع بدرجل فعفا المقتوعة يده عن القطع حيث لم يتعرض للعد ولا للخطا فكان متناولا لهما كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية بعد أن شرح المقام كذلك هذا تقرير ما اقتضاه كلام صاحب الهداية وذلك ممنوع عندنا لان محمد اقيده بالعمد في أصل الجامع الصغير كما ذكرنا روايته وكذلك قيد الفقيه أبو الليث ونحو الاسلام والصدرا الشهيد وغيرهم في شروح الجامع الصغير بالعمد فلا يصح حينئذ دعوى الاطلاق اه وأما ما عدا صاحب الغاية من الشراح فسالوا ههنا وأجابوا حيث قالوا فان قيل لا نسلم أن لفظه مطلق بل هو مقيد بالقطع العمد بدليل جواب المسئلة وهو قوله فعلى القاطع الدية في ماله فانه يبين أن مراده العمد لان الدية في الخطا على العاقلة قلنا وضع المسئلة مطلق بلا شك اذا قيد غير ملفوظ لكن الجواب انما هو لاحد نوعي القطع فتقديره فعلى القاطع الدية في ماله ان كان القطع عمدا انتهى كلامهم أقول لا يذهب عليك أن جوابهم هذا لا يسمي ولا يغني من جوع اذا لاشك أن مقصود المصنف هنا بيان اجراء محمد القطع خطأ مجرى العمد في أحكام هذه الوجوه وفاقا وخلافا ولا ريب أن حكم المسئلة انما يؤخذ من جوابها واذا كان الجواب في لفظ الجامع الصغير مخصوصا بصورة العمد فكيف يؤذن مجرد اطلاق وضع المسئلة باشتراك نوعي القطع في الحكم اذ لو آذن ذلك باشتراكهما في الحكم لآذن باشتراكهما في الحكم المستفاد من الجواب وقوله فيما له مانع عن ذلك لا محالة فلا مؤذن للاشتراك قط فلم يتم قول المصنف آذن بذلك اطلاقه فتأمل (قوله لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال) قال في العناية فيه بحث وهو أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة ثم قال والجواب عنه أن المصنف نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلاف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال أيضا أن لا يثبت فيه تعلق حقهم الابعدموت المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله عليه السلام لان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم أغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به لتصرفه فيه فتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث انتهى أقول في تقرير البحث المذكور خلل فاحش وفي تحرير الجواب المزبور التزام ذلك أما الاول فلانه سيجي في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص يثبت لورثة القتل ابتداء لا بطريق الورثة من المقتول عند أبي حنيفة رحمه الله وأما عندهما فيثبت للقتل ابتداء ثم ينتقل بموته الى ورثته بطريق الورثة منه كالدين والدية فقوله رحمه الله ان القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح وقد مر تطهير هذا من صاحب العناية في الفصل السابق وبينت بطلانه هناك أيضا فتذكر وأما الثاني فلانه لم يقع التعرض فيه لكون القصاص غير موروث من المقتول عندنا ما لنا الاعظم رحمه الله بل سبق الكلام فيه على وجه يشعر بكونه موروثا بالاتفاق ألا يرى الى قوله في خاتمه والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به

أغنياء خبير من أن تدعهم حالة تنكشفون الناس وتر كهم أغنياء انما ينطق بخلق حقهم بما ينطق به الغنى وهو المال فلولا لم ينطق به لتصرف فيه فبتر كهم حالة تنكشفون الناس والفصا ص ليس بمال فلا ينطق به لكنه موروث لان الارث خلافه ذي نسب الميت الحقيقى أو الحكمى أو نكاحه أو ولاية حقيقة أو حكما في ماله أو حق قابل لها بعد موته وقد فسرناه في شرح الرسالة في الفرائض وهو كما ترى لا ينحصر في المال بل اذا كان حقا قابلا للخلافه يصح أن يكون موروثا ولا شك في قبوله القصاص لذلك كما تقدم وعن الثاني بأن المراد من قوله أوصى تبرع كما عرفت عنه آتفا والوصية تبرع خاص فيجوز أن يستعار لمطلقه وعن الثالث بأن المنافع أموال اذا كانت في عقد فيه معاوضة وقوله (فيعتبر من الثلث) فيه اشكال وهو أنه (٢٨٧) اذا اعتبر من الثلث كان وصية والقاتل من

العاقلة والوصية للقاتل باطلة فيجب أن لا يصح في حصته وأجيب بأن المجروح لم يقل أوصيت لك بثلث الدية وإنما عفا

عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ ولا مانع عنه ألا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز قال (واذا قطعت المرأة رجل) اذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده فاما أن يقتصر أو يسرى فان كان الاول صححت التسمية وبصير الارش وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع سواء كان القطع عدا أو خطأ وتزوجها على القطع فقط أو عليه وما يحدث منه لانه لما برأ تبين أن موجبها الارش دون القصاص لانه لا يجزى في الاطراف بين الرجل والمرأة والارش يصلح صداقا وان كان الثاني واليه أشار بقوله ثم مات فاما أن يكون القطع خطأ أو عدا فان

أما الخطأ فوجه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث قال (واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها) وعلى عاقلة الدية ان كان خطأ وان كان عدا ففي مالها وهذا عند أبي حنيفة لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا

لكنه موروث (قوله أما الخطأ فوجه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث) قال جمهور الشراح فان قيل القاتل واحد من العاقلة فكيف يجوز الوصية بجميع الثلث ههنا حتى صح في نصيب القاتل أيضا مع أن الوصية لا تصح للقاتل قلنا انما جاز ذلك لان المجروح لم يقل أوصيت لك بثلث الدية وإنما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ وذلك جائز للقاتل ألا ترى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز انتهى كلامهم وأورد بعض الفضلاء على قولهم ألا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز بان قال فيه بحث لان الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجي في كتاب الوصية انتهى أقول ان أراد أن الهبة في المرض في حكم الوصية من كل الوجوه فهو ممنوع ألا ترى أن الهبة عقد مجزى والوصية في المرض عقد معلق بالموت كما صرحوا به وان أراد أنها في حكم الوصية في بعض الوجوه ككونها منسوبة من الثلث ونحو ذلك فهو مسلم لكن لا يلزم منه أن لا تصح هبة المجروح للقاتل كعدم صحة وصيته فلا يجزى قد حافظنا ذكره الشراح في تنوير جوابهم (قوله ثم القطع ان كان عدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا) قال جماعة من الشراح فان قيل القصاص لا يجزى بين الرجل والمرأة في الاطراف فكيف يكون هذا تزوجا على القصاص قلنا الموجب الاصل في العدا القصاص قضية لا طلاق قوله تعالى والجروح قصاص الا أنه تعذر الاستيفاء لقيام المانع وهو التفاوت بين طرفي الرجل والمرأة انتهى أقول في الجواب ننظر لان اطلاق قوله تعالى والجروح قصاص لمثل ما نحن فيه ممنوع فان القصاص ينشأ عن المماثلة وما لا يمكن فيه المماثلة لا يتصور فيه القصاص وعن هذا اذا قطع رجل يد رجل عدا من غير الفصل لا يجب القصاص لعدم امكان اعتبار المماثلة وقد حقق المصنف هذا المعنى في أول باب القصاص فيما دون النفس بصدد الاستدلال بقوله تعالى والجروح قصاص على وجوب القصاص في قطع يد غيره عدا من الفصل وقد تقرر فيما مر أنه لا مماثلة بين الرجل والمرأة في الاطراف فلا يندرج في قوله تعالى والجروح قصاص ولئن سلم ذلك لزم أن ينتقض الجواب المذكور عما اذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده فافتصر القطع فانه تصح التسمية فيه وبصير أرش اليد وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع صرح به الشراح فاطبة في أول هذه المسئلة وعزاه جماعة

كان الاول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة وان كان الثاني فلها ذلك والدية في مالها عند أبي حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه فماله من المهر غير ما عليها مما يحدث منه ثم القطع اذا كان عدا كان التزوج تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا

(قوله ألا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز) أقول وفيه بحث لان الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجي في كتاب الوصية (قوله لانه لا يجزى في الاطراف بين الرجل والمرأة) أقول يخالف لقول المصنف وقوله بعد أسطر يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف تأمل (قوله وان كان الثاني فلها ذلك) أقول يعني فلها مهر المثل

لا سيما على تقدير سقوط القصاص فانه اذا لم يصلح مهر على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بطريق الاولى والقصاص يسقط
ههنا ما يقبلها الزوج لان سقوطه متعلق بالقبول فلما قبلت سقطت واما باعتبار تعدد الاستيفاء فانه لما جعل القصاص مهرا جعل
لها ولاية الاستيفاء ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه فان قيل الواجب في الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارش خمسمائة
دينار وهو معلوم فالمانع ان يكون (٢٨٨) هو المهر أجيب بأنه ليس بمنع لجواز ان يكون خمسة آلاف درهم فيكون

مجهولا واذا لم يصلح
القصاص ولا بدله مهرا
يجب مهر المثل وعليه الدية
في مالها فان قيل قبول
الزوج يتضمن العفو
والعفو لا يتضمن فلا يجب
عليه الدية أشار الى الجواب
بقوله (لان الزوج وان
كان يتضمن العفو لكن)
فيما نحن فيه يتضمن العفو
(عن القصاص في الطرف
واذا سري تبين أنه قتل
والعفو لم يتعرض لذلك
فتجب الدية في مالها لانه
عمد) والعاقلة لا تحمل العمد
(والقياس أن يجب القصاص
على ما بيناه) يريد به قبوله
لانه هو الموجب للعمد

(قال المصنف لا سيما على
تقدير السقوط فيجب
مهر المثل وعليه الدية في
مالها) أقول فانه لما مات
المقطوع يده بالسراية سقط
قصاص الطرف وبدله
أيضا وهو الارش فان القطع
كان قتلا فيجب جزاء القتل
لا القطع فوجب قصاص
النفس ولعل هذا هو الوجه
في توجيه كلام المصنف وبه
تندفع الشكوك والاهام
في هذا المقام (فسوله

لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليه الدية في مالها لان الزوج وان كان يتضمن العفو
على ما بيننا ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا سري تبين أنه
قتل النفس ولم يتناول العفو فتجب الدية وتجب في مالها لانه عمد والقياس أن يجب القصاص
على ما بيناه

منهم الى الامام فاضيجان والامام المحبوبي وقالوا أشار اليه المصنف بقوله ثم مات ولو كان الموجب الاصل
هو القصاص في العمد الواقع بين اطراف الرجل والمرأة أيضا لزم أن يكون الزوج في صورة الاقتصار
أيضا تزوجا على القصاص فلزم أن لا يتم ما صرحوا به من صحة التسمية ولزوم الارش مهرها بالاجماع
في تلك الصورة كما لا يخفى وقال صاحب العناية وتاج الشريعة فان قيل الواجب في الاطراف بين
الرجل والمرأة هو الارش وأرش اليد معلوم وهو خمسمائة دينار فالمانع أن يكون هو المهر - فقلنا أرش
اليد ليس بمنع لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا فيجب مهر المثل انتهى أقول في
جواب هذا السؤال أيضا نظر فانه ينتقض أيضا قطع ما بالزوج على يده في صورة الاقتصار فان أرش اليد
يصير مهرها هنالك بالاجماع كما صرحوا به مع تحقق الجهالة الناشئة من عدم تعيين أرش اليد هنالك
أيضا ثم أقول لو قال المصنف في تعليل صورة العمد أيضا من مسئلتنا هذه مثل ما قاله في صورة الخطأ منها
من أنه يكون هذا تزوجا على أرش اليد اذا القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة في العمد
أيضا عندنا واذا سري الى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فوجب مهر المثل لصح وكان
سالماعن أن يرد عليه السؤال المذكور ان لم يحتج الى جوابه ما المذكورين في الشروح المحتملين
كما بيناه انفا) قوله واذا سري تبين أنه قتل النفس ولم يتناول العفو فيجب الدية) قال في النهاية فان قلت لم
يجب القصاص ههنا على المرأة مع أن القطع كان عمدا وهو قتل من الابتداء فانه لما مات ظهر أن الواجب
هو القصاص وهو لم يجعل القصاص مهرا لان القصاص لا يصلح مهرا لانه ليس بمال والمهر يجب أن
يكون مالا ولما لم يصلح القصاص مهرا صار كانه تزوجها ولم يذ كر شيئا وفيه القصاص فكذا هنالك قلت
نعم كذلك الا أنه لما جعل القصاص مهرا جعل ولاية استيفاء القصاص للمرأة ولو استوفت المرأة
القصاص انما تنوفى عن نفسها بنفسها وذلك محال لان الانسان لا يتمكن من الاستيفاء عن نفسه
لنفسه لان الشخص الواحد لا يصلح أن يكون مطالب القصاص ومطالبة به فسقط القصاص لاستحالة
الاستيفاء ولما سقط القصاص بقي النكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما اذا لم يسم ابتداء انتهى أقول
لا السؤال شي ولا الجواب أما الاول فلان وجه عدم وجوب القصاص ههنا على المرأة ظاهر من قول
المصنف والقياس أن يجب القصاص على ما بينناه فانه إشارة الى ما ذكره فيما قبل من أن وجوب الدية
ههنا دون القصاص على موجب الاستحسان فان صورة العفو أو رثت شبهة وهي دارئة للقود فلم يبق
محل للسؤال عن اية عدم وجوب القصاص ههنا على المرأة وأما الثاني فلان القصاص الذي جعل
مهرا وجعل ولاية استيفائه للمرأة انما هو قصاص اليد دون قصاص النفس كما أفصح عنه قول المصنف
فيما قبل يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف واذا سري تبين أنه قتل النفس فلم يتناول ولاية المرأة

والقصاص سقط ههنا ما يقبلها الزوج الخ) أقول بل السقوط ههنا عوده حيث تبين أن لا قطع على
القاطع لكونه قاتلا ولا يجب بدله أيضا لعدم وجوب الاصل فتأمل (قوله ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه) أقول الظاهر أن
يقول عن نفسها (قوله أجيب بأنه ليس بمنع لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا) أقول مخالف لما مر آتيا من قوله
وبصير الارش وهو خمسة آلاف درهم مهرها بالاجماع ثم الجهالة لا تمنع فيما سقط لانها لا تنفض الى المنازعة وذلك وجه الصحة فيما مر

واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان كانا على السواء وان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر فضل يرده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على أرض اليد واذا سرى الى النفس تبين أنه لا أرض لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على مافي اليد ولا شيء فيها ولا ينقصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطا والمهر لها قال (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجنابة ثم مات من ذلك والقطع عدلها مهر مثلها) لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهر فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خرا أو خنزير ولا شيء له عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضى بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلا كما اذا أسقط القصاص بشرط أن يصير ما لافاه يسقط أصلا (وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا أنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والستزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محابة فيكون وصية فيرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها في المحال أن ترجع عليهم بموجب جنابتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج يسقط ثلثه

لله التي ذكرها المصنف في عدم تناوله العفو الذي تضمنه التزوج فبقى السؤال عن وجه عدم وجوب قصاص النفس على المرأة بعد أن تبين أن قطعها صار قتل النفس ولغما ذكر في الجواب المزبور اذ لم يجعل حدا ولاية استيفاء قصاص النفس للمرأة قط حتى يلزم من وجوب قصاص النفس عليها استيفاءها القصاص عن نفسها (قوله وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا الحل قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها أي قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية أي وللعاقلة ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية انتهى أقول في التفسير الثاني خلل فان المصنف فصل فيما بعد حال الزيادة على مهر المثل وجعلها صورتين حيث قال فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تكن تخرج يسقط ثلثه وعلى ذلك التفسير يلزم أن لا يتناول كلام المصنف ههنا الصورة الاولى من صورتين التي ذكرهما فيما بعد فان ما يكون وصية لهم في الصورة الاولى منهم ما جيع ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية لانه لا ينفق وقال صاحب الغاية قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها أي قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية لهم أي للعاقلة ثلث ما ترك الميت من الدية وصية انتهى أقول مال هذا أيضا ما ذكره صاحب النهاية والعناية وان كانت العبارة مغايرة في التفسير الثاني فانه لما بين ما ترك الميت في قوله ثلث ما ترك الميت بقوله من الدية تبين أن مراده ثلث الدية فيرد عليه مثل ما يرد على ما ذكره من أنه يجوز أن يخرج كل الدية من ثلث مال الميت فيلزم أن لا يتناوله كلام المصنف ههنا على التفسير المزبور ثم أقول في كلام المصنف ههنا احتمال آخر وهو أن يكون معناه وللعاقلة ثلث ما ترك الميت من جميع ماله وصية لهم فيتناول صورتين لا تبين في التفصيل معا لان جميع مال الميت يشمل الدية وغيرها فيجوز أن يخرج الدية كلها من ثلث جميع ماله لكن يتجه عليه أيضا أنه يجوز أن يكون ثلث جميع ماله أكثر مما زاد على مهر مثلها من الدية بل يجوز أن يكون أكثر من كل الدية فلا يصح حينئذ قوله وصية لان ما يكون وصية للعاقلة انما هو مائة دار ما زاد على مهر مثلها من الدية لا غير وبالجملة عبارة المصنف ههنا ليست بخالية عن القصور في افادة تمام المراد كما لا يخفى على ذوي الرشاد فالاولى في تخرج بر المقام ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطا يرفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي وصية لهم فان خرج من الثلث تسقط والاسقط ثلث المال انتهى تأمل

(واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان تساوبا) وان لم يتساوبا يرد من عليه الفضل على من له ذلك واذا كان القطع خطأ كان التزوج على أرض اليد واذا سرى الى النفس تبين أنه لا أرض لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على مافي اليد ولا شيء فيها ولا ينقصان لان الدية على العاقلة في الخطا والمهر لها فاختلف ذمة من له وذمة من عليه وشرط التقاص انحادهما وقوله (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها) ظاهر وقوله (ولا شيء عليها) أي لا دية ولا قصاص وقوله (يرفع عن العاقلة مهر مثلها) أي قدر مهر المثل وقوله (ولهم) أي للعاقلة (ثلث ما ترك) أي ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية

(قال المصنف واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة) أقول قال الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير ولا تقع المقاصة لان الدية مؤجلة ومهر المثل حال واذا حصل الاجل تقع المقاصة انتهى

وقوله (فاتفق جوابهما في الفصلين) (٢٩٠) يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد

وما يحدث منها أو على الجناية وعبر بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق والألفصول ثلاثة (قال ومن قطعت يده فاقصص له من اليد) كلامه واضح ولم يذ كر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لأشئ عليه على ما سيجي وقوله (ومن قتل ولية عمدا) صورته ظاهرة وكذلك دليلهما وأما دليل أبي حنيفة فمحتاج الى كلام فقوله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة في الاصل ظاهر لا يقبل التشكيك وقد شكك بعضهم بما اذا شهد شاهدان على رجل بالقتل فقطع الولي يده ثم رجعا ضمننا اليد وانما يضمنان ما أنلفاه بشهادتهما وما شهد الا بالقتل ولو كان القطع غير القتل لما ضمننا وكون القطع غير القتل لا يرتاب فيه أحد وليس أصل المسئلة ذلك وانما هي بناء على أنهم ما أوجبا له قتل النفس

(قوله اذا كان القطع خطأ) أقول التقييد به مما لا يظهر وجهه فانه اذا كان القطع عمدا فلا اتفاق في الجواب على حاله (قوله وانما هي بناء على أنهم ما أوجباله)

وقال أبو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال (ومن قطعت يده فاقصص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه) لانه تميز أن الجناية كانت قتل عمدا وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود يكن كان له القود اذا استوفى طرف من عليه القود وعن أبي يوسف انه يسقط حقه في القصاص لانه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عما وراءه ونحن نقول انما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال (ومن قتل ولية عمدا فقطع يده فانه ثم عفا وقد قضى له بالقصاص أولم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة وقال الاشئ عليه) لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع أجزائها ولهذا لم يعف لا يضمنه وكذا اذا أسرى ومأبرا أو ماعفا وما أسرى أو قطع ثم خزقته قبل البرء أو بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله أنه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس أن يجب القصاص الا أنه سقط للشبهة فان له أن يتلفه تبعوا اذا سقط وجب المال

(قوله وقال أبو يوسف ومحمد رجهما الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين) أي في التزوج على اليد وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية كذا قال جمهور الشراح وهو الصواب وزاد صاحب العناية على ذلك شيئا في شرحه حيث قال يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية انتهى وتبعه الشارح العيني أقول ليس ذلك بشئ اذا وجه لتقييد القطع في الفصل الاول بالخطا فان الظاهر من كلام المصنف ههنا ومن قوله فيما سبق ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا وكذا مما ذكر في عامة الكتب من المتن والشروح أن يكون الجواب عندهما في العمد والخطا في الفصلين سواء ولقد صرح به ههنا صاحب الغاية تقلا عن شروح الجامع الصغير حيث قال فاما عندهما فالجواب فيه في العمد والخطا كالجواب فيما اذا تزوجها على القطع وما يحدث منه أو على الجناية لما ذكر في المسئلة المتقدمة كذا في شروح الجامع الصغير انتهى (قوله ومن قطعت يده فاقصص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه) قال صاحب العناية لم يذ كر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لأشئ عليه على ما سيجي وانتهى أقول هذا الكلام منه هنا كلام خال عن التحصيل لانه ان كان مقصوده منه مؤاخذه المصنف بانه تزلز كرتلك الصورة مع كون ذكرها أيضا مما يهم فلا وجه له ان قد ذكرها أيضا فيما بعد وان كان مقصوده منه مؤاخذه المصنف بانه لم يذ كر تلك الصورة ههنا مع كون حقه أن تذكرها فليس كذلك فان تلك الصورة من قبيل استيفاء من له القصاص في الطرف كما صرح به في الكتاب فيما بعد وما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس ولما كانت المسئلة المتصلة بما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس أيضا كما ترى ذكرها المصنف عقيب ما نحن فيه وأخر تلك الصورة عنها وان كان مقصوده منه مجرد بيان حكم تلك الصورة أيضا دون مؤاخذه المصنف بشئ فلا فائدة فيه ان قد بين المصنف حكمها فيما سيجي عمقلا ومدا لا فيلغو بيان ذلك الشارح اياه ههنا (قوله ونحن نقول انما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به) قال صاحب الاصلاح والايضاح وفيه اشكال لما مر أن صورة العفو تنكفي في سقوط القود لانها تورث شبهة وبذلك تمسكوا في سقوطه فيما اذا عفا عن القطع ثم مات منه ولم يفتوا غة الى المقدمة القائلة انه لا يكون مبرئا عنه بدون العلم به انتهى أقول جوابه

وانما

أقول بل أياها

وذلك يبرئ القاطع عن الضمان فيضمنان لا يجاب البراءة له بعد علة الضمان عليه فصار كالمشهدا على رجل أنه أبرأ غيره عن الدين ثم رجعوا وقوله (وانما لا يجب المال في الحال) جواب عما يقال لما استوفى غير حقه وجب أن يضمن في الحال وقوله (وملك القصاص في النفس ضروري) جواب عن قولهما أنه استوفى حقه يعني لما كان ملك القصاص ضروريا لثبوتها مع المنافي وهو الحرية كما مر بحيث لا يظهر الا في هذه الاحوال الثلاثة وهي استيفاء النفس بالقصاص والعفو والاعتياض لا يصح التصرف في القاتل بغيرها والقطع مقصودا غير ما يكون تصرفا في غير موضع الضرورة ولا حق له فيه فيجب الضمان وقوله (فاما قبل ذلك) يعني قبل التصرف بهذه الاشياء الثلاثة يريد به القطع (فلم يظهر) يعني ملك القصاص (لعدم الضرورة) وقوله (بخلاف ما اذا سري) جواب عن قولهما وكذا اذا سري وقوله (وأما اذا لم يعف) (وما سري) جواب عن قولهما (وما عفى وما سري) وقوله (الصحيح أنه على الخلاف)

(٢٩١)

أوما عفى وما سري وقوله (الصحيح أنه على الخلاف) يعني فلا يكون مستشهدا به وكذا قوله هو الصحيح وقوله (والاصابع وان كانت تابعة) جواب عن قوله - ما وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا وهو اختيار بعض المشايخ فانهم تبرعوا بالفارق وأما صاحب الاسرار فنفه وقال لا نسلم أنه لا يلزمه ضمان الاصابع بل يلزمه اذا عفا عن الكف وقوله (ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه) واضح وقد أشرنا اليه من قبل وقوله (فصار كالامام) أي القاضي اذا قطع يد السارق فبات من ذلك فانه لا شيء عليه وقوله (والمأمور بقطع اليد) كما اذا قال اقطع يدي ففعل فبات لا شيء على القاطع

وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه ومالك القصاص في النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض لما أنه تصرف فيه فاما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سري لانه استيفاء وأما اذا لم يعف وما سري قلنا انما يتبين كونه قطعاً بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح أنه على هذا الخلاف واذا قطع ثم حرز قبضته قبل البرء فهو استيفاء ولو حرز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة فبما بالكف فالكف تابعة لها غرضاً بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه قال (ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سري الى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبي حنيفة وقال لا يضمن) لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذا احتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبراغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله أنه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا الوقوع ظاهراً كان قتلاً ولانه جرح أفضى الى فوات الحياة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا أن القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه مكاف فيها بالفعل اما تقليدا كالامام أو عقدا كما في غيره منها

انه قد تقرر عندهم أن الشبهة معتبرة دون شبهة الشبهة ففيما نحن فيه يكون البراءة عن النفس شبهة الشبهة لان الاقدام على القطع لا يقتضي الفراغ مما وراءه رأس الجواز أن يستوفي القتل أيضا بعد القطع كمن له القود يستوفي طرف من عليه القود ثم يقتله فتحقت شبهة ثم ان الفراغ مما وراء القطع لا يقتضي البراءة عنه أيضا الجواز أن يفرغ منه ظناً أن حقه في القطع لا يبرأ مما وراءه فتحقت شبهة بعد شبهة فصارت شبهة الشبهة فلم تعتبر بخلاف ما اذا عفا عن القطع ثم مات منه فان العفو عن القطع هنا مقرر لا شبهة فيه وانما بقيت شبهة أن يكون العفو عن القطع عفا عن القتل فاعتبرت في سقوط القود بها لكون الشبهة دارئة له فافترقا تأمل فان هذا معنى عميق وفرق دقيق (قوله بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه مكاف فيها بالفعل اما تقليدا كالامام أو عقدا كما في غيره منها) أقول فيه تساهل لان من تلك المسائل ما لا يجب فعله لا تقليدا ولا عقدا وهو المأمور بقطع اليد فان المراد به ما اذا قال اقطع يدي ففعل فسري الى النفس فبات كما صرح به في الكافي وعامة الشروح فلم يتم قول المصنف أو عقدا كما في غيره منها فان العقد انما يتحقق في البراغ والحجام منادون المأمور بالقطع مع أنه غير الامام وأنه من

وقوله (في مجرى العادة) يعني أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة وقوله (لانه مكاف فيها) أي في المسائل (بالفعل) اما تقليدا كالامام فانه اذا تقلد القضاء وجب عليه أن يحكم (أو عقدا) كما مر في غير الامام من المسائل يعني البراغ والحجام فان الفعل يجب عليهم ما بعد العادة الاجارة

(قوله وذلك يبرئ القاطع عن الضمان) أقول - هذا اذا كان رجوعهما قبل البرء أما اذا كان بعده ينبغي أن يضمن القاطع فانه لا يبرأ عن الضمان بعد البرء عند أبي حنيفة على أن تقول قوله يبرئ القاطع عن الضمان قلنا مطلقاً أو بعد البرء والثاني باطل وفي الأول ان برأ لا يجب ضمان القطع وان لم يتبين الحال لا يضمن في الحال كما لا يخفى (قال المصنف وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه) أقول فيكون عفو لغو الاستيفاء حقه قبله مستندا (قوله يريد به القطع) أقول المضاف مقدر أي حال القطع ثم اعلم أن ضميره راجع الى قوله قبل التصرف

(والواجبات لا تقتيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربى وفيما نحن فيه) من الاستيفاء (لا وجوب ولا التزام) اذا العفو مندوب اليه قال الله تعالى وأن تعفو أقرب للتقوى فيكون من باب الاطلاق أى الاباحة فاشبهه الاصطيد ولورمى الى صيد فاصاب انسانا ضمن كذا هذا وطواب بالفرق بين هذا وبين المستأجر والمستعير ومعلم ضرب الصبي باذن الأب فقات وقاطع يد حربي أو مريد أسلم بعد القطع فانه لا يجب على المستأجر والمستعير للركوب اذا نفقت الدابة منه وعلى المعلم والقاطع ضمان وهما يجب اذا سرى وأجيب بان في الثلاثة الاولى حصل (٢٩٢) سبب الهلاك بالاذن فينتقل الفعل الى الاذن ولو أهلك المالك دابته

والواجبات لا تقتيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربى وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبهه الاصطيد

باب الشهادة في القتل

قال (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة) عند أبي حنيفة وقال لا يعيد (وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع) وكذلك الذين يكون لا ييم ما على آخر

تلك المسائل أيضا ولا يجدي التثبت بانغليب نفعها هنا لان قوله بعده والواجبات لا تقتيد بوصف السلامة لا يتمشى في تلك المسئلة اذ لا يجب على المأمور بالقطع القطع بل هو تبرع منه كما لا يخفى فيلزم أن يكون الدليل المذكور في الكتاب قاصرا عن افادة الفرق في حق تلك المسئلة كما ترى نعم يمكن الفرق في حقها أيضا بان يقال لما فعل المأمور بالقطع باذن الأمر انتقل حكم الفعل الى الأمر فصار كما لو قطع بنفسه وفي ذلك لا ضمان لكن الكلام في قصور عبارة الكتاب عن افادة تمام المرام وهذا مما لا ريب فيه

باب الشهادة في القتل

لما كانت الشهادة في القتل أمرا متعلقا بالقتل أو ردها بعد ذلك كحكم القتل لان ما يتعلق بالشئ كان أدنى درجة من نفس ذلك الشئ (قوله ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يعيد) قال في العناية والاصل ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وقال وليس لأبي حنيفة تمسك بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحضارنا كما أنه ليس له ما ذلك بصحة العفو من المورث المجروح استحضارنا للتدافع انتهى أقول فيه بحث لان ما تمسك به لا ينتهض حجة على أبي حنيفة وما تمسك به ينتهض حجة عليهم ما فكيف يتحقق التدافع بين ذينك التمسكين وذلك أن القصاص وان كان حقا للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث ابتداء بناء على أن القصاص لا يثبت الا بعد الموت والميت ليس من أهل أن يثبت له هذا الحق لانه شرع للتشفي ودرء النار والميت ليس بأهل لذلك لكنه حق للمورث أيضا عنده باعتبار انعدام سببه الذي هو الجناية في حق المورث وقد صرح به في كثير من الشروح فأبو حنيفة راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقا للوارث فقال باشتراط إعادة البينة اذا حضر الغائب احتياالا للدرء وراعى في مسئلة العفو من المورث المجروح جهة كونه حقا للمورث فقال بصحة

لم يجب عليه شئ فكذا اذا اذن بسبب الهلاك والاب اذا قتل ابنه وجب عليه الدية فكذلك ههنا بخلاف المقتص له فانه يقطع بالملك دون الاذن ولما قطع وسرى كان القطع قتل لا واپس له ملك القتل فكان تصرفا في غير ملكه وهو يوجب الضمان وأما الرابع فلان القطع مع السرية يصير قتل من الابتداء ولو قتل ابتداء وقع القتل قبل الاسلام في مباح الدم وذلك لا يوجب الضمان فكذا اذا صار قتل من الابتداء لانه مستند الى ابتداء القطع

باب الشهادة في القتل

القتل بعد تحققه رعا بجحد فيحتاج من له القصاص الى اثباته بالبينة فبين الشهادة فيه في باب على حدة (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل

ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند أبي حنيفة وقال لا يعيد وان كان خطأ لا يعيد بالاجماع) وكذلك الذين يكون لا ييم ما على آخر

(قوله أو مريد أسلم بعد القطع) أقول ثم سرى الى النفس (قوله وعلى المعلم والقاطع ضمان) أقول قوله ضمان فاعل لقوله لا يجب ومعناه لا يجب الضمان على المعلم بل يجب على الأب ولا يجب الضمان على القاطع أيضا (قوله بخلاف المقتص له فانه يقطع بالملك) أقول وكذلك القطع باذن المالك الحق والمالك المطلق (قوله دون الاذن) أقول وكذلك المستأجر والمستعير على كان المنفعة كالركوب دون الاهلاك

والاصل أن استيفاء القصاص حق الورثة عندهم وحق المورث عندهما وليس لابي حنيفة تمسك بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحسانا كما أنه ليس لهم ما ذلك بصحة العفو من المورث المجروح استحسانا للتدافع والقياس عدم الجواز أما من جهة المورث فلان القتل لم يوجد بعد وأما من جهة الوارث فلو قوعه قبل ثبوت حقه ووجه الاستحسان أن السبب قد تحقق فصح من كل منهما لذلك وإذا ظهر ذلك ظهر وجه قولهما أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين وحكمه أن ينتصب أحد الورثة خصما عن الباقي واستدل لهم على أن طريقه طريق الوراثة بقوله وهذا لأنه عوض نفس قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كافي الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون الميت تقضي به ديونه وتنفذ منه وصاياه ولا يبي حنيفة أن طريقه طريق الوراثة وهو أن يثبت لمن يحلف ابتداء كالعبد إذا انتهب فانه يثبت للملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لأن العبد ليس بأهل للملك كما أن الميت ليس من أهل القصاص لكونه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت والوراثة هو أن يثبت للملك للمورث ابتداء ثم للوارث وقوله (بخلاف الدين) جواب عن قواهما كالدين (لأنه) أي الميت من أهل الملك في الاموال كما إذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فانه عليه وإذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقي فيعبد الغائب البينة بعد حضوره وهذا أنسب للقواعد الفقهية فإن المحل مما للشبهة فيه مجال وقوله (فإن أقام القاتل البينة) واضح وقوله (لأنهما يجبران) تعليل لقوله فشهادتهما باطلة وتعليل قوله وهو عفو منهما لم يذكره وهو ما قال الامام (٢٩٣) المحبوبي لأنهما زعمان القود قد سقط وزعمهما معتبر في حقهما

(قال المصنف لهم ما في الخلافة أن القصاص طريقه الوراثة كالدين) أقول في شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد دلهما أن القصاص يصير مملوكا للقتول ثم يصير موروثا عنه كالدين سواء لهذا يكون للمرأة نصيب في القصاص والمرأة لا تملك شيئا من حق الزوج الا بطريق الوراثة ثم في الدين لا تعداد البينة كذا هذا ولا يبي حنيفة يبي ولكن فيه

لهم ما في الخلافة أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لأنه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كافي الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون الميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب أحد الورثة خصما عن الباقي وله أن القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة ألا ترى أن ملك القصاص يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله بخلاف الدين والدية لأنه من أهل الملك في الاموال كما إذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فانه عليه وإذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقي فيعبد البينة بعد حضوره (فإن كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص) لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه إثباته الا باثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب (وكذلك عبد بن رجلين قتل عمدا أو أحد الرجلين غائب فهو على هذا) لما بيناه قال (فإن كان الاولياء ثلاثة فشهادتهم على الآخر أنه قد عفا فشهادتهم باطلة وهو عفو منهما) لأنهما يجبران بشهادتهما الى أنفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا

العفو منه احتيالا للدره أيضا وأما عندهما فالقصاص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه ثم ينتقل بعد موته الى الوارث بطريق الوراثة كسائر أملاكه فينتج عليهم المأخذ لصحة العفو من

شبهة ثبوتهم ابتداء لان الميت لا ينتفع به منفعة دينوية ولو ثبت لهم ابتداء فمادله البينة فكذا إذا كان فيه شبهة الثبوت انتهى وعلى هذا ينبغي أن يحمل كلام المصنف يعني أن القصاص فيه شبهة تكون طريقه الخلافة دون الوراثة فينتد تدفع المخالفات والمناقضات كما لا يخفى وفي شرح الامام الترمذاني ولا يبي حنيفة رجه الله أن في القصاص شبهة ثبوتهم ابتداء لأنهم هم الذين ينتفعون بالقصاص دون الميت فانه لا يقضى منه ديونه ولا ينفذ منه وصاياه ومن هذا الوجه لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب والقصاص لا يثبت مع الشبهة ولا كذلك الخطأ والدين لأنه مال والميت ينتفع به فثبت له ثم ينتقل الى الوارث وكذا لو انقلب القصاص مالا كان حقا للقتول تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه انتهى والحاصل أن الامام أبا حنيفة رجه الله تعالى تارة باعتبار الوراثة إذا كان في اعتباره نفع في سقوط القصاص وتارة باعتبار شبهة الخلافة إذا كان النفع في اعتباره وفي غاية البيان ولا يبي حنيفة أن القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة ابتداء من وجه وذلك لأنه شرع للنسبي ودرك الشار وهذا حق الورثة ابتداء من هذا الوجه لان الميت لا ينتفع به ومن حيث أنه بدل النفس حق للميت ولهذا لو انقلب مالا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه الى آخر ما ذكره قال الامام الزيلعي في قوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا نص على أن القصاص ثبت للوارث ابتداء (قوله كما أنه ليس لهم ما ذلك) أقول يعني ليس لهم ما تمسك كأي حنيفة (قوله للتدافع) أقول هذا تعليل لقوله وليس لابي حنيفة تمسك وقوله كما أنه ليس لهم ما ذلك الخ يعني للتدافع بين التمسكين (قوله وهذا لأنه عوض نفس قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) أقول يعني الباء للمعاوضة (قوله ولا يتصور الفعل من الميت) أقول لا بد هنا من مراجعة الترمذاني

وقوله (فان صدقهما القاتل فالدية بينهما أثلاثا) يتأني فيه الاقسام العقلية لانه اما أن يصدقهما القاتل والمشهد عليه جميعا أو يكذبهما أو يصدقهما القاتل دون المشهد عليه أو بالعكس والمذكور في الكتاب أولا هو أن يصدقهما القاتل وحده وفيه الدية بينهما أثلاثا لما ذكر في الكتاب من التعليل وأشار بقوله وحده إلى أنهم ما لو صدقاهما ضمن القاتل للشاهدين ثلثي الدية لا غير لانهم ما ادعيا على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه ولا شيء للشهود عليه لانه بتصديقه الشاهدان فيما شئما فدا أقر بالعفو وفصار كما لو ثبت ذلك عيانا وقوله (وان كذبهما) أي كذبهما القاتل (٣٩٤) والمشهد وعليه أيضا (فلا شيء للشاهدين وللشهود عليه ثلث لدية) لما ذكره في الكتاب

وقوله (وان صدقهما المشهد وعليه وحده) يعني كذبهما القاتل (غرم القاتل للشهود عليه ثلث لدية) لا قرار له بذلك وفي بعض النسخ ولكنه يصرف ذلك إلى الشاهدين وهذا استحسان والقياس أن لا يلزمه شيء لان مادعاء الشاهدان على القاتل لم يثبت لانتكاره وما أقربه القاتل للشهود عليه قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان أن القاتل بتكذيبه الشاهدين أقر للشهود عليه بثلث لدية لزمه أن القصاص سقط بدعواههما العفو عن الثالث وانقلب نصيبه مالا والثالث لما صدق الشاهدان في العفو فقد زعم أن نصيبهما انقلب مالا فصار مقررا لهما بما أقربه القاتل فيحوز قراره بذلك بمنزلة ما لو أقر لرجل بالف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست لي ولكنها لفلان جاز وصار الالف لفلان كذا هذا قال

(فان صدقهما القاتل فالدية بينهما أثلاثا) معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد أقر بثلثي الدية لهما فصح إقراره إلا أنه يدعى سقوط حق المشهد وعليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه (وان كذبهما فلا شيء لهما ولا شيء لثلث لدية) ومعناه اذا كذبهما القاتل أيضا هو ذلك لانهم ما أقرأ على أنفسهم ما بسقوط القصاص فقبلوا دعيا انقلب نصيبهما مالا فلا يقبل الابحجة وينقلب نصيب المشهد عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهد وعليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهد وعليه وحده غرم القاتل ثلث لدية للشهود عليه لا قرار له بذلك قال (واذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا) لان الثابت بالشهادة كالتثبت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد تحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات

الوارث حال حياة المورث استحسانا بالاجماع فتدبر (قوله وان كذبهما فلا شيء لهما ولا شيء لثلث لدية معناه اذا كذبهما القاتل أيضا) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وان كذبهما فلا شيء أي وان كذبهما المشهد وعليه معناه اذا كذبهما القاتل أيضا وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهد وعليه يجب على القاتل دية كاملة بينهما أثلاثا ثم قال وفي بعض النسخ معناه اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا فينشد كان معنى قوله وان كذبهما أي وان كذبهما القاتل انتهى وعلى طرزه شرح صاحب الغاية أيضا لانه جعل النسخة الثانية أصلا على عكس ما في النهاية وقال والاول أصح أقول مدار ما ذكر في شرح المقام على أنهم ما فهموا أن مراد المصنف بقوله معناه اذا كذبهما القاتل أيضا وكذا بقوله في النسخة الاخرى معناه اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا بيان الكلام المقدري في عبارة الجامع الصغير وهي قوله وان كذبهما فلا شيء لهما فانهم ما جعلوا فعلا كذبهما في قوله وان كذبهما فلا شيء لهما ضمير ارجع إلى المشهد وعليه على نسخة معناه اذا كذبهما القاتل أيضا وضمير ارجع إلى القاتل على نسخة معناه اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا وهذا لا يتصور الا بأن يكون مراد المصنف في النسخة الاولى أن جملة اذا كذبهما القاتل أيضا مقدر في عبارة الجامع الصغير فتقدر بها وان كذبهما المشهد وعليه فلا شيء لهما اذا كذبهما القاتل أيضا وفي النسخة الاخرى أن جملة اذا كذبهما المشهد عليه أيضا مقدر فيهما فتقدر بها وان كذبهما القاتل فلا شيء لهما اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا لكن ليس ما ذهب اليه بسديد اذ ياباه قطع أقول المصنف معناه لان المقدرا لا يكون معنى المذكور والحق عندى أن مراد المصنف بيان اعتبار مجرد قيد أيضا في عبارة الجامع الصغير هنا كما أنه بين قبيله اعتبار قيد وحده في عبارته حيث قال معناه اذا صدقهما وحده فإرادته على النسخة الاولى أن معنى قول محمد في الجامع الصغير وان كذبهما اذا كذبهما القاتل أيضا أي مع المشهد وعليه كما أن معنى قوله

(واذا شهد الشهود أنه ضربه) صورة المسئلة ظاهرة وقوله (واذا كان عمدا) أقول المصنف احتريزه عن الخطأ وتاويله

(قال المصنف ومعناه اذا كذبهما القاتل أيضا) أقول قال الاتقاني فعلى هذا يكون تقدير قوله وان كذبهما أي المشهد وعليه وفي بعض النسخ ومعناه اذا كذبهما المشهد وعليه أيضا وهو أصح انتهى وجه الاحجية نبؤ مساق الكلام عن النسخة الاولى فانه عطف على قوله صدقهما القاتل الخ ومقابل له والفاعل المذكور فيه هو القاتل فالمضمرة هنا يكون ذلك وأيضا ينبغي أن يقال حينئذ وله ثلث لدية دون ولا شيء لثلث لدية (قوله وفي بعض النسخ إلى قوله وصار الالف لفلان كذا هذا) أقول إلى هنا ما في بعض النسخ

ثم قال (وتأويله اذا شهدوا أنه ضرب به بشي جارح) لانه اذا لم يكن كذلك لا يجب القود عند أبي حنيفة كما تقدم قبل الشهود شهدوا على الضرب بشي جارح ولكن قد يكون خطأ فكيف يثبت القود وأجيب بأنهم لما شهدوا (٣٩٥) أنه ضرب به بسلاح فقد شهدوا أنه

قصده ضرب به لانه لو كان مخطئاً لا يحمل لهم أن يشهدوا أنه ضرب به وانما يشهدون أنه قصده ضرب غيره فأصابه وأقول هـ ذاليس بوارد على صاحب الهداية لانه أشار اليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احتراز عنه المصنف (وقوله واذا اختلف شاهدان في القتل) ظاهر وقد تقدم في الشهادات أن اختلاف الشاهد في الاموال يمنع عن الحكم بها في النفوس أولى وقوله (لان المطلق بغير المقيد) فان المطلق يوجب الدية في ماله والمقيد بالعصا على العاقلة وقوله (فان شهدوا أنه قتله) واضح وقوله (لانه يحمل اجمالهم في الشهادة) فيه صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى ويوم تقوم الساعة بقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة الاول بمعنى الابهام والثاني بمعنى الصنيع وهو الاحسان وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو أن يقال الشهود في قولهم لا ندري بأي شيء قتله اما صادقون أو كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب وعلى كلا التقديرين يجب أن لا تقبل

وتأويله اذا شهدوا أنه ضرب به بشي جارح قال (واذا اختلف شاهدان في القتل في الايام أو في البلد أو في الذي كان به القتل فهو باطل) لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان أو مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف أحكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد (وكذا اذا قال أحدهما قتله بغيره وقال الآخر لا أدري بأي شيء قتله فهو باطل) لان المطلق بغير المقيد قال (وان شهدوا أنه قتله وقال لا ندري بأي شيء قتله ففيه الدية استحسانا) والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فهل المشهود به وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمحمل فيجب أقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه ستر عليه

فما قبل فان صدقهما القاتل اذا صدقهما وحده أي بدون المشهود عليه والقياس ان منويان بمعونة المقام ومراده على النسخة الاخرى معنى قول محمد وان كذب ما اذا كذب ما المشهود عليه أيضا أي مع القاتل حينئذ ينتظم الكلام ويتضح المرام (قوله وتأويله اذا شهدوا أنه ضرب به بشي جارح) قال في الكفاية وانما أول لتكون المسئلة مجمعا عليها وقال في معراج الدراية نقلا عن الذخيرة ما ذكر في الجامع الصغير ان كان قوله ما فهو مجرى على اطلاقه وان كان قول الكل فتأويله أن تكون الآلة جارحة انتهى ثم قال جهورا اشراح فان قيل الشهود شهدوا على الضرب بشي جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع أنهم لم يشهدوا أنه كان متعمدا قلنا لما شهدوا أنه ضرب به بسلاح فقد شهدوا أنه قصده ضرب به لانه لو كان مخطئاً لا يحمل لهم أن يشهدوا أنه ضرب به وانما يشهدون أنه قصده ضرب غيره فأصابه وقالوا كذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك السؤال والجواب وأقول هـ ذاليس بوارد على صاحب الهداية لانه أشار اليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احتراز عنه المصنف انتهى وأنا أقول نعم لا يرد على المصنف ذلك السؤال بعد ما قيد مسئلة الجامع الصغير بقوله اذا كان عمدا لكن يرد عليه أن يقال ليس لهذا التقييد ههنا وجه لانه ان أراد به أن وجوب القود في مسئلة الجامع الصغير فيما اذا صرح الشهود بكون ضربه عمدا لا فيما اذا طلقوا ضربه ولم يقيدها بكونه عمدا فليس الامر كذلك على ما ذكره شيخ الاسلام ونقل عنه شرح الكتاب فانه صرح في أن تصریح الشهود بذكر العمد ليس بال لازم في وجوب القود في المسئلة المذكورة وان لم يرد به ذلك بل كان معترفا بما ذكره شيخ الاسلام فلا حاجة الى تقييده المزبور بل لا وجه له كما لا يخفى (قوله والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف أحكامهما) أقول لو قال بدل قوله المذكور والقتل بالآلة غير القتل بالآلة كما قال في الزمان والمكان لكان أجمل وأشمـل أما كونه أجمل فظاهر وأما كونه أشمل فلان الاختلاف في الذي كان به القتل غير منحصر في الاختلاف فيما وجب الاختلاف في الاحكام كالعصا والسلاح بل يعم الاختلاف في غير ذلك أيضا كالسيف والرمح فان القتل بكل واحد منهم ما عمد بوجوب القود ومع ذلك لو قال أحد الشاهدين قتله بسيف وقال الآخر قتله برمح كانت شهادتهما أيضا باطلة نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال ولو شهد أحدهما أنه قتله بسيف وشهد الآخر أنه طعنه برمح أو شهد أحدهما أنه ضرب به بسيف وشهد الآخر أنه رماه بسهم أو اختلفا في مكان القتل أو وقته أو موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة انتهى (قوله ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه ستر عليه) فيه صنعة التجنيس

شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بها لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا فكذلك لانهم صاروا فاسقة ووجه ذلك (قوله وأقول هـ ذاليس بوارد على صاحب الهداية الخ) أقول لكن يرد على المصنف أنه اذا كان جواب المسئلة ما ذكره المحجب وقد نص عليه الامام خواهر زاده يكون التقييد بقوله اذا كان عمدا احترازا عن الخطأ مما يبعد لغوا بل خطأ لا يهامة خلاف الواقع فتأمل

وأولوا كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد باطلاقة في اصلاح ذات البين وهذا في معناه

النام كما في قوله تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة فالا جال الاول ههنا معني
الابهام والثاني معني الصنيع وهو الاحسان ثم ان كثيرا من الشراح قالوا قول المصنف هذا جواب عما
يرد على وجه الاستحسان وهو ان يقال الشهود في قولهم لا ندري باي شيء قتله اما صادقون او كاذبون
وعلى كلا التقديرين ينبغي ان لا تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بهذه الشهادة لاختلاف
موجب السيف والعصا وان كذبوا صاروا فاسقة وشهادة الفاسق لا تقبل فقال في جوابه انهم جعلوا
عالمين بانه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندري اختاروا حسيبة الستر على القاتل واحسنوا اليه بالايجاب
وجعل كذبهم هذا معفو عند الله تعالى لما جاء في الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فبناؤيلهم
كذبهم بهذا لم يكونوا فاسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله أولوا كذبهم بظاهر ما ورد باطلاقة أي
بظاهر ما ورد بتجوير الكذب انتهى كلامهم أقول فيه نظرا اذا ورد لما ذكره على وجه الاستحسان
اصلا حتى يرتكب المصنف لدفعه هذا المضيق وذلك لان ما ذكره من المذخور في صورة ان صدق
الشهود هو بعينه ما ذكره المصنف في وجه القياس في هذه المسئلة وقد حصل الجواب عنه في وجه
الاستحسان الذي ذكره من قبل توضيحه هو انه لم تكن شهادة واحد منهم -م بالقتل بآلة وشهادة الآخر
منهم بالقتل بآلة أخرى حتى يتحقق الاختلاف بينهم في الشهادة بناء على اختلاف الفعل باختلاف الآلة
بل كانت شهادة كل واحد منهم يقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل ولهذا وجب العمل به كما عرف في أصول
الفقه فحمل على الاقل المتيقن فيجب اقل موجبيه وهو الدية فيحصل الاتفاق بينهم من هذا الوجه فلا
يتوجه ان يقال ان صدق الشهود امتنع القضاء بشهادتهم لوقوع الاختلاف باختلاف الآلة وايضا
قول المصنف في ذيل هذا الكلام فلا يثبت الاختلاف بالشك بأي كون مراده بكلامه هذا هو الجواب
عماد كره هؤلاء الشراح اذ يكون حاصل الجواب حينئذ اختيار أنهم كاذبون ومنع فسقهم بناء على
تاويلهم ~~كذبهم~~ عاورد في الحديث فلا يبقى الاحتياج اذ ذاك الى قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك
بل لا يكون له مساس بالجواب المذکور فيلزم ان يكون لغوامن الكلام والحق عندي ان قول
المصنف ولانه يحمل اجاله في الشهادة الخ وجه آخر للاستحسان ان يظهر نفي ربه ونظمية له للمقام بأدنى
أمل صادق ويخرج منه الجواب عن وجه آخر للقياس في هذه المسئلة مذكور في الكافي وغيره
وهو ان الشهادة بالوجه المذکور غفلة من الشاهدين فلا تقبل (قوله وهذا في معناه) قال جمهور
الشراح أي ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى اصلاح ذات البين بجامع أن العفو مندوب اليه ههنا
كما أن الاصلاح مندوب اليه هناك فكان ورود الحديث هناك ورودا ههنا انتهى أقول فيه بحث لان
المندوب اليه في باب القتل انما هو عفو اولياء القتل دون عفو الشهود كيف ولو كان العفو حق الشهود
كان الافضل لهم ان لا يشهدوا رأسا بما يتعلق بالقتل كما في الحدود فلزم ان لا يوجد الباعث على
ارتكابهم الكذب في شهادتهم -م المذ كورة ههنا بخلاف اصلاح ذات البين فانه قد يتوقف على ارتكاب
الكذب فيرخص الكذب هناك وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال ينبغي ان يكون المراد
بالعفو درء القصاص والافهوتلوا الوجوب بحيث لا وجوب القصاص لا عفو عنه ثم قال والانه يظهر ان يقول
بجامع أن الستر مندوب اليه انتهى أقول يرد على توجيهه أيضا ان يقال لو كان درء القصاص من غير شبهة
مندوب اليه وكان درؤه جازا للشهود بعد ان عاينوا القتل بجراح عمدا لكان عليهم ان لا يشهدوا بالقتل
اصلا فلا يوجد ما يستوغ ارتكابهم الكذب في طريق شهادتهم المذ كورة ههنا ثم ان ورود هذا على ما عده
أظهر ههنا أظهر اذ لو كان ستر القصاص مندوب اليه لكان الافضل للشهود ان يستروا طرانا لا يشهدوا

أنهم جعلوا عالمين بانه قتله
بالسيف لكنهم بقولهم
لا ندري اختاروا حسيبة الستر
على القاتل واحسنوا اليه
بالايجاب وجعل كذبهم هذا
معفو عند الله لما جاء في
الحديث ليس كذاب من
يصلح بين اثنين فبناؤيلهم
كذبهم بهذا لم يكونوا فاسقة
فتقبل شهادتهم وهو معنى
قوله (وأولوا كذبهم بظاهر
ما ورد باطلاقة) أي بتجوير
الكذب وقوله (وهذا في
معناه) أي ستر الشاهد على
المشهود عليه في معنى اصلاح
ذات البين بجامع أن العفو
مندوب اليه ههنا كما أن
الاصلاح مندوب اليه
هناك فكان ورود الحديث
هناك ورودا ههنا

(قوله بجامع أن العفو
مندوب اليه ههنا الخ)
أقول ينبغي أن يكون المراد
بالعفو درء القصاص والا
فهو تلوا الوجوب بحيث
لا وجوب القصاص لا عفو
منه ويمكن أن يقرر هذا
البحث بوجه آخر بأن يقال
انه لا يكذب للعفو لانه فرع
وجوب القصاص والانه يظهر
أن يقول بجامع أن الستر
مندوب اليه أو يقال هذا
اصلاح معنى حيث يخلصه
بهذا الكذب عن القتل
الذي لا مضرة فوقه وأي
اصلاح يعادله وأنت خير
اذا قبل مراده من العفو
الدرء لا يدفع المذخور

وقوله (فلا يثبت الاختلاف بالشك) يعني اذا احتمل أن يكونوا عالين وأجلوا (٣٩٧) واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك

والاختلاف لا يثبت بالشك

(وتجب الدية في ماله لان

الاصل في الفعل العمد

فلا يلزم العاقلة) وقوله (واذا

أقر الرجلان الخ) مسئلتان

مبناها على أن تكذيب

المقر له المقر في بعض ما أقر

به لا يبطل اقراره في الباقي

فإن من أقرب ألف درهم

وصدقه المقر له في النصف

وكذبه في النصف يصح

الاقرار فيما صدقه وتكذيب

المشهود له الشاهد في بعض

ما يشهد به يبطل شهادته

أصلا لكونه تفسيقا له

وفسق الشاهد يمنع القبول

بخلاف فسق المقر وقيد

بقوله في بعض ما أقر به لانه

إذا كذبه في كل ما أقر به

بطل الاقرار لانه رد لقراره

وعلى هذا لو قال المقر بدل

قوله قتلته صدق قتلته لم

يكن له أن يقتل واحدا

منهما لان معنى قوله صدق قتلته

معنى قوله صدق قتلته لكل

واحد منهما ومعناه أنت

قتلت وحده وفي ذلك

تكذيب الآخر في الجميع

وهو تكذيب لهما

باب في اعتبار حالة القتل

لما كانت الاحوال صفات

لذويها ذكرها بعد ذكر

نفس القتل وما يتعلق به

(ومن رمى مسلما فارتد

المسلم اليه والعياذ بالله

ثم وقع به السهم فعلى

الراي الدهلوري المرتد عند أبي حنيفة

فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة قال (واذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانا فقال الولي قتلتهما جميعا فله أن يقتلهمما وان شهدوا على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتهما جميعا بطل ذلك كله) والفرق أن الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاولى من المقر له وفي الثانية من المشهود له غير أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول أما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل

قال (ومن رمى مسلما فارتد المرمى اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الراي الدهلي عند أبي حنيفة بالقتل أصلا كما في الحدود فلا وجه لارتكابهم الكذب قط تأمل ترشد) وقوله فلا يثبت الاختلاف بالشك) قال في العناية يعني اذا احتمل أن يكونوا عالين وأجلوا واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك انتهى أقول لقائل أن يقول كما لا يثبت الاختلاف بالشك لا يثبت الاتفاق بذلك أيضا ومن شرائط قبول الشهادة اتفاق الشاهدين فإذا لم يثبت الاتفاق فكيف يتصور القبول تدبر (قوله غير أن تكذيب المقر له في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا) قال صاحب الغاية في هذه المسئلة اذا أقر كل واحد منهما بالقتل فقد أقر كل واحد منهما بالاتلاف لجميع النفس وقد صدق الولي كل واحد منهما بالاتلاف بعض النفس والقصاص يجب بالاتلاف البعض كما يجب بالاتلاف الكل فلهذا كان له أن يقتلهمما وأما في الشهادة فلما كذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت شهادتهما في الكل انتهى وقال صاحب النهاية في بيان صورة الاقرار لما أقر كل واحد منهما ما بالقتل صدق الولي بقوله قتلتهما كل واحد منهما في نصف القتل وكذبه في النصف والتكذيب في نصف ما أقر به لا يبطل الاقرار أما التكذيب في كل ما أقر به يبطل الاقرار لانه حينئذ يكون رد الاقراره والاقرار يرتد بالرد انتهى أقول هذا الشرح والبيان من ذينك الشارحين مما لا يكاد يصح لما مر غير مرة أن القتل لا يتجزأ فكيف يتصور اتلاف بعض النصف ونصف القتل كما زعمه وبيع عليه معنى المقام وأيضا قد مر أن الاصل عندنا فيما اذا قتل جماعة واحدا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال وبهذا الاعتبار يحصل التماثل بين الجماعة والواحد فيجب القصاص على الجميع فكيف يصح القول بوجوب القصاص بالاتلاف بعض النفس ونصف القتل كما هو اللازم فيما نحن فيه على مقتضى تقريرهما والصواب أن معنى المقام هو أن كل واحد منهما أقر بالقتل بانفراده وقد صدق الولي كل واحد منهما بقوله قتلتهما جميعا في بعض ما أقر به وهو القتل وكذبه في بعضه الاخر وهو انفراده فعلى مقتضى أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي يؤخذ كل واحد منهما باقراره بالقتل فللولي أن يقتلهمما جميعا وان رد انفراد كل واحد منهما بالقتل ويصير كما اذا قتل جماعة واحدا حيث يقتض من جميعهم اجاعا بخلاف صورة الشهادة كما بين في الكتاب

باب في اعتبار حالة القتل

لما كانت الاحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به كذا في الشروح

وقال لا شيء عليه لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه وذلك ابراء للضامن) لان من أخرج المتقوم عن التقوم سقط حقه كالغصوب منه اذا اعتق المغصوب فانه صار ميراثا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه وصار به ميراثا (كما اذا أبرأه) أي الراعي عن الجناية أو حقه (بعد الجرح) أي انعقاد سببه وهو الرمي قبل أن يصيبه السهم (ولابي حنيفة أن الضمان يجب بفعاله وهو الرمي اذا فعل منه بعده) وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب (فيعتبر حالة الرمي والرمي اليه في التقوم) واستوضح اعتبار وقت الرمي بما اذا رمى صيدا ثم ارتد والعياذ بالله ثم أصاب فان رده بعد الرمي لا تحرم لان فعله ذكاه شرعا وقد تم موجب الحل بشرطه وهو التسمية وبما اذا كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرمي قبل الاصابة فانه صحيح وهذه العبارة أنسب مما قاله المصنف حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لامكان اعتبار وقت الاصابة هناك فان قيل ان كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته والفعل عدا فالواجب القصاص أجاب بقوله (والفعل وان كان عدا فالقود يسقط بالشبهة) يعني الشبهة الناشئة من اعتبار حالة الاصابة (ووجب الدية) أي في ماله ولو كانت المسئلة بالعكس فلا شيء في قولهم جميعا (وكذا اذا رمى حربيا فأسلم) ثم وقع به السهم (لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا للصيرورته متقوما بعد ذلك) ونفوض بما اذا رمى الى صيد في الحل فدخل الحرم ثم أصابه السهم فالت وجب الجزاء على الراعي وأجيب بأن جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة الحرم وإشارته وهذا لا يكون أقل من ذلك

(قال المصنف وقال لا شيء عليه) أقول قال الكاكي وبه قالت الاثني الثلاثة لان التلف حصل في محل لا عصمة له فيكون هدرا كما لو جرحه ثم ارتد ثم مات وكما لو أبرأه بعد (٣٩٨) الجرح أي عن الجناية أو حقه وكما لو أبرأه عن حقه أو الجناية ثم أصابه السهم

وقال لا شيء عليه) لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون ميراثا للراعي عن موجب كما اذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت وله أن الضمان يجب بفعاله وهو الرمي اذا فعل منه بعده فمعتبر حالة الرمي والرمي اليه في التقوم وله ذاتعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم ردة الراعي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عدا فالقود سقط للشبهة ووجب الدية (ولورمي اليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قواهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فأسلم) لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا للصيرورته متقوما بعد ذلك

وكما لو اعتق المالك العبد المغصوب يصير ميراثا للغاصب عن الضمان كما ذكره في جامع صدر الاسلام انتهى وفي شرح شاهان وبخلاف ما اذا ارتد بعد الجرح لان عدم وجوب الضمان باعتبار أن الارتداد قاطع للسراية كالاعتق لا باعتبار أنه صار ميراثا انتهى (قال المصنف لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون ميراثا) أقول قال الاتقاني

(قوله وقال لا شيء عليه لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون ميراثا للراعي عن موجب) قال في العناية لا أن أبا حنيفة رحمه الله يقول ان قولهما انه بالارتداد صار ميراثا عن ضمان الجناية غير صحيح لان في اعتقاد المرتد أن الرد لا يبطل التقوم فكيف يصير ميراثا عن ضمان الجناية كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاني والمحبوبي انتهى أقول لهما أن يقولوا في الجواب عنه أنا لا نريد بالبراءة في قولنا انه بالارتداد صار ميراثا حقيقة الأبراء بل نريد بذلك الإبراء الحكمي لانه بالارتداد لما أسقط تقوم نفسه شرعا أسقط حقه معنى لان ما لا تقوم له لا ضمان له في الشرع فصار فعله في حكم الإبراء شرعا سواء طابق اعتقاده

هذا لا يصح لان عنده يعني عند المرتد أن الرد لا يبطل التقوم وكيف يكون ميراثا عن ضمان الجناية كذا ذكره قاضيخان انتهى وفيه بحث (قال المصنف كما اذا أبرأه) أقول أي بالارتداد فانه اذا ارتد بعد الجرح قبل الموت لا تجب الدية ويجوز أن يكون المراد بالبراءة العفول لكن الاول أنسب للقسام (قوله أو حقه بعد الجرح الخ) أقول لانفس الحاجة الى اخراج الكلام عن ظاهره هنا فانه على ظاهره يصح أن يكون مقبلا عليه لصورة النزاع بخلاف ما في دلائل أبي حنيفة رحمه الله تعالى من قوله حتى جاز بعد الجرح قبل الموت كما لا يخفى (قوله أي انعقاد سببه وهو الرمي قبل أن يصيبه السهم) أقول فيه شيء (قال المصنف ولورمي اليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قواهم جميعا) أقول قال الكاكي في معراج الدراية أي في قول أصحابنا وقال الشافعي وأجد يجب عليه في المرتد والحربي اذا أصابهما الرمية بعد اسلامهما الدية لان الاعتبار بحالة الاصابة اذا رمى سبب والاصابة جناية والاعتبار بحالة الجناية كما لو حفر بئر الحربي فوقع فيها بعد اسلامه وقتلنا ان الرمي لم ينعدم موجبا للضمان لان الرمي غير متقوم وان أصابه متقوما بعده وان أصابنا اعتبروا حالة الرمي كما في هذه المسئلة وكذا مسألة الرجم على ما سيجي وكذا في مسألة الذمي ثم تمسح وكذا في مسألة المحرم الا أنهم يقولون في مسألة رمي مسلم فارتد أنه بالارتداد يصير ميراثا للراعي عن الضمان ولهذا قالوا يصير بالارتداد ميراثا والبراء انما يصح بعد انعقاد السبب وأبو حنيفة رحمه الله يقول بالارتداد لا يصير ميراثا لان عنده الرد لا يبطل التقوم فكيف يصير ميراثا عن الضمان كذا في جامع قاضيخان والتمرتاني والمحبوبي الى هنا كلام العلامة الكاكي الا أن قول المصنف فيعتبر حالة الرمي ينبوع عن ذلك بعض نبوة

(واندرى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى) حتى لو كانت قيمته قبل الرمي ألف درهم وبعده ثمانمائة درهم لزمه ما تئادهم لان العتق قاطع للسراية لا شبهة من له الحق لان المستحق حال ابتداء الجناية للمولى وحال الاصابة العبد لحرته فصار (٢٩٩) العتق بمنزلة البرء كما اذا قطع يد عبد

أو جرحه ثم أعتقه المولى ثم سري فان العتق يقطع السراية حتى لا يجب بعد العتق شيء من الدية والقعدة وانما يضمن النقصان وإذا انقطعت السراية بقي مجرد الرمي وهي جناية تنقص به قيمة المرمى اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك أي فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى وله ما أنه يصير قاتلا الى آخر ما في الكتاب وهو وظاهر على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف يحتاج الى الفرق بين هذه وبين ما اذا رمى مسلما فارتد والعباد بالله قبل الاصابة حيث اعتبر هناك حالة الاصابة وههنا حالة الرمي وهو أن المرمى اليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوما والضمان يعتمد العصمة فلا يجب الضمان بالمنافي وأما الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد انتهى بخلاف القطع والجرح) جواب عماد كرمنا محمد من صورة الجرح والقطع

قال (واندرى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم فعليه قيمته للمولى) عند أبي حنيفة وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة له أن العتق قاطع للسراية وإذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية تنقص به قيمة المرمى اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما أنه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعده السراية لو وجب شيء لوجب له بعد فتصير النهاية مخالفة للبداية

أولم يطابق ولعل تفريع المصنف قوله فيكون مبرئا للرامي عن موجهه على قوله لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه بوي الى ما ذكرناه (قوله وقول أبو يوسف مع قول أبي حنيفة رجهما الله) قلت لعل وجه عدول المصنف ههنا عن التحرر بالمألف حيث لم يقل فيما قبل عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما هو المعتاد في نظائره بل قال بعد بيان الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد وقول أبي يوسف مع أبي حنيفة رجهما الله هو أن كون أبي يوسف مع أبي حنيفة في هذه المسئلة ليس مما اتفقت عليه الروايات لان الفقيه أبا الليث ذكر قول أبي يوسف مع محمد في شرح الجامع الصغير في هذه المسئلة وذكر في الاسلام البزدوي في شرحه قوله مع أبي حنيفة كما بين في غاية البيان فلو قال المصنف في أول المسئلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لفهم منه اتفاق الروايات عليه بناء على ما هو المؤلف في نظائره فغير الاسلوب اشارة الى أن فيه اختلافا للرواية وان المختار عنده كون قوله مع أبي حنيفة (قوله وله ما أنه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته) قال الشراح مر أبو حنيفة في هذه المسئلة على أصله وأبو يوسف فرق بين هذه وبين ما تقدم ووجه الفرق أن المرمى اليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوما فصار مبرئا عن الجناية اذا الضمان يعتمد العصمة والردة تنافيها وأما الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى انتهى أقول في وجه الفرق نظر لان الاعتاق وان لم يناف العصمة الا أنه ينافي كون المحل مالا متقوما فينبغي أن يصير المولى أيضا مبرئا عن ضمان قيمة العبد المرمى اليه باعتاقه اياه قبل الاصابة لان ضمان القيمة انما يتصور فيما هو مال متقوم ولما أخرجه المولى بالاعتاق من أن يكون مالا متقوما فقد أسقط حقه في قيمته ألا يرى أن المغصوب منه اذا عتق العبد المغصوب صار مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه بالاجماع كما صرحوا به فلم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر الفرق المزبور من قبل أبي يوسف قال ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد انتهى أقول ليس هذا بسديد لانه مع كونه ظاهرا للفساد ان لم يعتبر أبو يوسف وقت الرمي في صورة الارتداد لما صح منه القول بأنه صار بالارتداد مبرئا عن الضمان فان الاراء انما يصح بعد انعقاد السبب بخلاف لما صرح به كبار المشايخ في شروح الجامع الصغير كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية فانه قال في النهاية وهما يقولان بقول أبي حنيفة في أن المعتبر حالة الرمي ولهذا وافقاه في هذه المسائل يعني المسائل الآتية في الكتاب ونظائرها الا أن المرمى اليه في مسئلتنا لما ارتد صار مبرئا للرامي عن الدية باخراجه نفسه من أن يكون معصوما وفعله معتبر في اسقاط حقه كما اذا أبرأ المغصوب منه الغاصب باعتاق المغصوب على ما ذكرنا الا أن أبا حنيفة يقول ان قوله - ما أنه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح لان

استشهدا على قطع السراية وتحققه - أن العتق فيه - ما يوجب قطع السراية لاختلاف نهاية الجناية وبدايتها فان ذلك بمنزلة تبدل المحل ولا نسلم تحققه في المنتزاع فيه

(قوله ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد) أقول المعتبر فيها أيضا عند وقت الرمي فيها لكنه يقول صار بالارتداد مبرئا عن الضمان ولو لم يكن المعتبر وقت الرمي فيها لم يصح قوله صار مبرئا فان الأبراء بعد تحقق السبب وانعقاده

لان الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ منه لعدم اثره في المحل وانما تقل به الرغبات فلم يخالف الانتهاء ابتداء فتجب قيمته للمولى وزفروان كان يخالفنا في وجوب القيمة (٣٠٠) يعني ويقول بالدية تنظر الى حالة الاصابة فالجثة عليه ما حققناه والباقي ظاهر الخ

والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الديات

ذكر الديات بعد الجنائيات
ظاهر المناسبة لما أن الدية
احدى موجبي الجنابة
المشروعين للصيانة لكن
القصاص أشد صيانة فقدم
ومحاسبها محاسب القصاص
والدية مصدر من ودى
القاتل المقتول اذا أعطى
وليه المال الذي هو بدل
النفس كالعامة من وعد
قال (وفي شبه العمدية
مغلطة) شبه العمدية تقدم
معناه وحكمه الدية المغلطة
على العاقلة وكفارة على
القاتل وقد بيناه في أول
الجنائيات

كتاب الديات

قال الزبيدي الدية هي اسم
للمال الذي هو بدل النفس
ومصدر يقال ودى القاتل
المقتول دية اذا أعطى ولية
ذلك سمي ذلك المال بالدية
تسمية للفعل بالمصدر
انتهى والاولى أن يقال
الدية هي المال الواجب
بالجنابة في نفس أو طرف
(قوله لما أن الدية احدى
موجبي الجنابة المشروعين
لصيانة) أقول فان قيل
اذا كانت الدية احدى
موجبها ينبغي أن تذكر في

أما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ منه لانه لا أثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تخالف النهاية والبدية فتجب قيمته للمولى وزفروان كان يخالفنا في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالجثة عليه ما حققناه قال (ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شئ على الراي) لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها (واذا رمى المجوسى صيدا ثم أسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يئكل وان رماه وهو مسلم ثم نجس والعياذ بالله أكل) لان المعتبر حال الرمي في حق المحل والحرمة اذا الرمي هو الذاكة فتعتبر الاهلية وانسلاها عنده (ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقع الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم أحرم فلا شئ عليه) لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رمية في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا اقرنا

كتاب الديات

قال (وفي شبه العمدية مغلطة على العاقلة وكفارة على القاتل) وقد بيناه في أول الجنائيات

في اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير ميرثا عن ضمان الجنابة كذا في الجامع الصغير لقاضخان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى وقال في معراج الدراية وأصحابنا اعتبروا حالة الرمي كما في هذه المسئلة وكذا مسئلة الرجم على ما يجي وكذا في مسئلة الرمي ثم نجس وكذا في مسئلة المحرم على ما سيجي إلا أنهم ما يقولون في مسئلة ان رمى مسلما فارتد أنه بالارتداد يصير ميرثا للراي عن الضمان ولهذا قال يصير بالارتداد ميرثا والبراء انما يصح بعد انعقاد السبب وأبو حنيفة يقول بالارتداد لا يصير ميرثا لان في اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير ميرثا عن الضمان كذا في جامع قاضخان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى (قوله أما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ لانه لا أثر له في المحل) أقول لمشوهم أن يتوهم أن هذا الكلام ينافي ما قاله في صدر دليلهما من انه يصير قاتلا من وقت الرمي فان القتل لا يتصور بدون اتلاف شئ من المقتول والجواب أن معنى ما قاله في صدر دليلهما هو انه يصير بمنزلة القاتل من وقت الرمي من جهة استناد الحكم الى وقت الرمي عند الاتصال بالمحل وقد أشار اليه صاحب الغاية بقوله هنا وانما انقلب الرمي علة للاتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم الى وقت الرمي فكأنه وجد من ذلك الوقت انتهى

كتاب الديات

قال السراج ذكر الديات بعد الجنائيات ظاهر المناسبة لما أن الدية احدى موجبي الجنابة في الادى المشروعين صيانة لكن القصاص أشد صيانة فقدم انتهى أقول بردي على ظاهر هذا الوجه انه انما يقتضي أن يذكر الديات في كتاب الجنائيات كلقصاص بأن يوضع لكل واحد منهما باب مستقل من كتاب الجنائيات ليكون كل منهما موجبا للجنائيات لأن يجعل الديات كتابا على حدة كما هو الواقع في الكتاب والجواب أن مقصودهم هنا بيان وجه مناسبة ذكر الديات بعد ذكر الجنائيات وهذا المقصود يحصل بما ذكره قطعا وأما جعل الديات كتابا على حدة دون باب من أبواب الجنائيات فله وجه آخر لم يذكره أصالة وهو انه لما كثرت مسائل الديات ومباحثها استحققت أن يجعل كتابا على حدة ككتاب الطهارات بالنسبة الى سائر شروط الصلاة وكتاب الصرف بالنسبة الى سائر أنواع البيع ثم اعلم أن ما وقع في الكتاب وضع القدوري في مختصره وأما الشيخ أبو الحسن الكرخي فقدم في مختصره كتاب الديات على

قال

كتابها في باب مستقل ولا يجعل كتابا على حدة قلنا نعم لأنه نظر الى عموم مباحثها وعموم مواردها وكثرة الاختلافات فيها ولهذا عنون محمد كتاب الجنائيات بكتاب الديات وذكر أحكام الجنائيات فيها من القصاص وغيره

قال (وكفارته عتق رقبة مؤمنة) لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية (فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين) بهذا النص (ولا يجزئ فيه الاطعام) لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف

كتاب الجنائيات والشيخ أبو جعفر الطحاوي قدّم القصاص على الديات ولكن جعلهما في كتاب واحد وترجم الكتاب بكتاب القصاص والديات والامام محمد رحمه الله ذكر أحكام الجنائيات في كتاب الديات ولم يسم كتاب الجنائيات أصلاً لان عامة أحكام الجنائيات هي الديات فان القصاص لا يجب الا بالعمد المحض والدية تجب في شبه العمد وفي الخطا وفي شبه الخطا وفي القتل بسبب وفي العمد أيضاً اذا تمكن فيه الشبهة فرج جانب الدية في نسبة الكتاب اليها ثم ان الدية مصدر ودى القاتل المقتول اذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر كذا ذكر في المغرب وعامة الشروح قال في القاموس الدية بالكسر حق القتل جمعها ديات وقال في الصحاح وديت القتل أدبه دية اذا أعطيت ديته وقال في الكافي الدية المال الذي هو بدل النفس والارض اسم للواجب على مادون النفس انتهى أقول الظاهر من هذه المذكورات كلها أن تكون الدية مختصة بما هو بدل النفس وينافيه ما سيجيء في الفصل الآتي من أن في المارن الدية وفي اللسان الدية وفي اللحية الدية وفي شعر الرأس الدية وفي الحاجبين الدية وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الذراع الدية وفي الرجلين الدية الى غير ذلك من المسائل التي أطلقت الدية فيها على ما هو بدل مادون النفس وكذا ما ورد في الحديث وهو ما روى سعيد ابن المسيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم رضي الله عنه كما سيأتي فالأظهر في تفسير الدية ما ذكره صاحب الغاية آخر افاته بعد أن ذكر مثل ما ذكر في المغرب وعامة الشروح قال والدية اسم لضمان يجب بمقابلة الأذى أو طرف منه سمي به لانهم اتوا دية عادة لانه قلما يجري فيه العفو لعظم حرمة الأذى انتهى (قوله وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص) قال صاحب الغاية في شرح هذا المقام وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الآية وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط فلا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف انتهى أقول أدخل الشارح المذكور بحق المقام في تحريره هذا أما أولاً فلانه خص بالذكر في بيان كفارته شبه العمد عتق رقبة مؤمنة وجعل قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليلاً عليه فقد قصر في البيان حيث لم يذكر كون كفارته شهرين متتابعين اذا لم يجد رقبة مؤمنة ولم يصب في سوق الدليل حيث جعل الدليل على كون كفارته عتق رقبة مؤمنة مجموع قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين مع أن الدليل عليه قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة وحده وانما قوله تعالى فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليل على القسم الآخر من كفارته الذي لم يذكر في المدعى بخلاف تحرير المصنف فانه بين كل واحد من قسمي كفارته على ترتيبهما حيث قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة ثم قال فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين واستدل على كل واحد منهما بدليل مستقل حيث قال في تعليل الأول لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ولم يذكر آخر الآية وقال في تعليل الثاني بهذا النص أي بآخر هذا النص وهو قوله تعالى فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين وأما ثانياً فلانه قال وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط وقرع عليه قوله فلا يجزئ فيه الاطعام فان كان مدار قيده فقط في قوله وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط وكذا مدار التفريع في قوله فلا يجزئ فيه الاطعام على أن تخصيص التحرير والصوم بالذكر في الآية يدل على نفي ما عداهما كان ذلك قولاً بمفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا وان كان مدارهما على ما ذكره

(وكفارته عتق رقبة مؤمنة)
لقوله تعالى فتحرير رقبة
مؤمنة) الى قوله تعالى فن
لم يجد فصيام شهرين
متتابعين الآية وهو نص
في كونها بالتحرير أو الصوم
فقط (فلا يجزئ فيه الاطعام
لانه لم يرد به نص والمقادير
تعرف بالتوقيف)

وقوله (ولانه جعل المذكور كل الواجب) استدلال من الآية بوجهين آخرين أحدهما بالنظر الى الفاء وذلك لان الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء ذلول لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شيء ومثله محل الأثرى أنه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق وفي نيته أن يقول وعمدي حر ولكنه لم يقل لا يكون الجزاء إلا المذكور لئلا يحتل الفهم والآخر بالنظر الى المذكور يعني لو كان الغير مراداً (٣٠٣) لذكره لانه موضع الحاجة الى البيان والسكوت في موضع الحاجة الى

البيان بيان (على ما عرف) يعني في أصول الفقه (وبجزية رضيع أحد أبويه مسلم) لان شرط هذا الاعتناق الاسلام وسلامة الاطراف والاول يحصل باسلام أحد الابوين والثاني بالظهور اذا الظاهر سلامة أطرافه ولا يجزئيه ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته قال (وهو الكفارة في الخطا لما تلونا) يعني قوله تعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فقتل بر رقبة مؤمنة (وديته) أي دية شبه العمد (عند أبي حنيفة وأبي يوسف) مائة من الابل أربعا وخمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرون بنت لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة) ولم يذكر في بعض نسخ الهداية قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو مخالف لرواية عامة الكتب (وقال محمد والشافعي ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون نية كلها خلفات في بطونها أولادها) والخلفات جمع

ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء أو لكونه كل المذكور على ما عرف (وبجزية رضيع أحد أبويه مسلم) لانه مسلم به والظاهر بسلامة أطرافه (ولا يجزئ ما في البطن) لانه لا تعرف حياته ولا سلامته قال (وهو الكفارة في الخطا) لما تلونا (وديته عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الابل أربعا وخمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرون بنت لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة) وقال محمد والشافعي ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون نية كلها خلفات في بطونها أولادها لقوله عليه السلام ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه مائة من الابل أربعون منها في بطونها منها في بطونها أولادها وعن عمر رضي الله عنه ثلاثون حقة وثلاثون جذعة المصنف فيما بعد من الاستدلال بالآية المذكورة على عدم اجزاء الاطعام بوجهين آخرين وهما قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء وقوله أو لكونه كل المذكور على ما عرف كان قوله لانه لم يرد به نص الخ بعد تقرير عدم اجزاء الاطعام على ما قبله كلاً ما محتاجاً اذ يكون المفرع عليه ان ذلك دليل على المفرع فيصير قوله فلا يجزئ فيه الاطعام من قبيل تقرير المدعى على الدليل فلا جرم يصير قوله لانه لم يرد به نص الخ دليل آخر على ذلك المدعى فيجب فيه زيادة أو العطف بأن يقال ولانه لم يرد به نص الخ كما لا يخفى على من له درية بأساليب الكلام بخلاف تحرير المصنف فانه جعل قوله ولا يجزئ فيه الاطعام كلاماً مستنداً مطلقاً بالبيان على الاستقلال واستدل عليه بوجوه ثلاثة كما ترى فلا غبار في أسلوب تحريره أصلاً (قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء) قال السراج يعني أن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء ذلول لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شيء ومثله محل انتهى أقول يشكل هذا بالحرمان عن الميراث فانه جزء القتل أيضاً في العمد وشبهه والخطا وشبهه كما مر في أول كتاب الجنابات مع أنه ليس بداخل في الواقع بعد فاء الجزاء في الآية المذكورة فليتأمل (قوله أو لكونه كل المذكور على ما عرف) يعني لو كان الغير مراداً لذكره لانه موضع الحاجة الى البيان وحيث لم يذكر أنه غير مراد لان السكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان كما عرف في أصول الفقه كذا في الشروح كلها قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان السكوت لا يدل على أن المذكور كل الواجب لقول النبي عليه السلام ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولم يذكر فيه الكفارة ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة لاننا نقول ثمة وجد بيان بنص آخر أو نقول لاننا سلم فانه قال الجرجاني وجدت رواية عن أصحابنا أن الكفارة لا تجب في شبه العمد انتهى أقول في كل من جوابيه نظراً ما في الاول فلان التشبث بوجود نص آخر في مادة النقص وعدم وجوده فمما نحن فيه مصر الى الاستدلال بالوجه الاول الذي ذكره المصنف بقوله لانه لم يرد به نص فيلزم أن لا يكون هذا الوجه الذي هو مورد السؤال دليلاً مستقلاً بل يلزم أن يكون مستدركاً وأما في الثاني فلان اللازم للجيب دفع النقص عما ذكر في الكتاب لانه هو المورد للسؤال ولا شك أن ما ذكر فيه مبني على وجوب الكفارة في شبه العمد وأما رواية عدم وجوبها فيه فمبعرل عنه فلا وجه للصير اليه هنا كما لا يخفى

ولان خلفه وهي الحوامل من النوق فقوله في بطونها أولادها صفة كاشفة والضمير في كلها للنية واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه مائة من الابل أربعون منها في بطونها أولادها قال المصنف (وديته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول قال السكاكي الاقتصار على قول أبي حنيفة مخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط والجوامع والاسرار والابحاح فان المذكور فيها عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكتب في بعض النسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف موافقاً لعامة الروايات انتهى يشهد لها قوله ولهما حين شرع في تقرير دليلهما

(ولان دية شبه العمد أغلظ) يعني من دية الخطأ المحض فان الابل فيه تجب أخجاسا (وذلك) أي كونه أغلظ (فما قلنا) لاننا نقول أن ثلاثا وأنتم تقولون أرباعا (ولابي حنيفة وأبي يوسف قوله صلى الله عليه وسلم في نفس المؤمن مائة من الابل) ووجه الاستدلال به أن الثابت منه عليه السلام وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ ولا بد منه بالاجماع وما روياه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ فان عمر وزيد وغيرهما قالوا مثل ما قالوا وقال علي تجب أثلاثا ثلاث وثلاثون حقة وثلاث وثلاثون جذعة وأربع وثلاثون خلفه وقال ابن مسعود مثل ما قلنا أرباعا والرأي لا مدخل له في التقادير فكان كالرفوع وبصر معارض المار وباه واذا تعارضا كان الأخذ بالمتيقن أولى وقوله (ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة) يعني لا يزداد في (٣٠٣) الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم

أو ألف دينار وقال سفيان الثوري والحسن بن صالح تغلظ في النوعين الآخرين أي الدراهم والدنانير بأن ينظر الى قيمة أسنان الابل في دية الخطأ الى قيمة أسنان الابل في شبه العمد فإزداد على أسنان دية الخطأ يزداد على عشرة آلاف درهم ان كان الرجل من أهل الورق ويزاد على ألف دينار ان كان من أهل الذهب لان التغليظ في شبه العمد شرع في الابل بزيادة جنابة وجدت منه ولم توجد في الخطأ وهذا المعنى موجود في الحجرين فيجب التغليظ فيهما ولنا ما ذكره في الكتاب أن التغليظ في الابل ثبت توقيفا فلا يثبت في غيره قياسا لانه بأبي التغليظ لان عدم الاتلاف وخطأه في باب الغرم سواء ولا دلالة لئلا يبطل المقدار الثابت بصريح النص بالدلالة وقوله (لما قلنا) إشارة الى

ولان دية شبه العمد أغلظ وذلك فيما قلنا وله ما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما روياه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ أرباعا كما ذكرناه وهو كالرفوع فيه عارض به قال (ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة) لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تغلظ لما قلنا قال (وقفل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل) لما بينا من قبل قال (والدية في الخطأ مائة من الابل أخجاسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة) وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه وأخذنا نحن والشافعي به لروايته أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتل قتل خطأ أخجاسا على نحو ما قال

ثم ان صاحب العناية قال في تفسير قول المصنف أو لا يكون كل المذكور أي لا يكون الصيام كل المذكور وتبعه العيني أقول ليس ذلك بسد باب لا يخفى أن كل المذكور في حق كفارة القتل في كتاب الله تعالى انما هو تحرير رقبة مؤمنة وصيام شهرين متتابعين لا الصيام وحده وأما اطلاق الكل على الصيام لكونه الجزء الأخير الذي يتم به الكل فأمر فيجيب لا يناسب شرح الكتاب فالحق في التفسير أن يقال أي ويكون ما ذكرنا من التحرير والصيام كل المذكور (قوله ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية من غير الابل لم تغلظ لما قلنا) أقول لقائل أن يقول اذا لم يثبت التغليظ الا في الابل خاصة ينبغي أن لا يصح القضاء بالدية من غير الابل أصلا في جنابة شبه العمد اذ قد ذكر في أول هذا الكتاب ومرايا في أوائل كتاب الجنائيات أن موجب شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل حيث لم يثبت التغليظ في غير الابل لم يصلح غيرها أن يكون دية في شبه العمد لا انتفاء ما هو المعبر في دية وهو التغليظ فكيف يتم قول المصنف فان قضى بالدية من غير الابل لم تغلظ فان الظاهر منه أن يصح القضاء بالدية من غير الابل في شبه العمد ولكن لا يثبت التغليظ في غير الابل بان يزداد في الدراهم على عشرة آلاف درهم وفي الدنانير على ألف دينار كما فصلوا في الشروح فليتأمل في التوجيه (قوله وهذا قول ابن مسعود وأخذنا نحن والشافعي به لروايته أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتل خطأ أخجاسا على نحو ما قال) أقول فيه شيء وهو أن ابن مسعود وان روى قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم على نحو ما قاله إلا أن عليا رضي الله عنه كان يقول الدية في الخطأ مائة من الابل أرباعا وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون ابنه مخاض ذكره

قوله لان التوقيف فيه وقوله (لما بينا من قبل) يعني في أول كتاب الجنائيات قال (والدية في الخطأ مائة من الابل أخجاسا) قيل منصوب باضمام كان ويجوز أن يكون حالا من الضمير الذي في قوله في الخطأ وقد أجمعت الصحابة على المائة لكنهم اختلفوا في منها فقال ابن مسعود عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وبه أخذنا نحن والشافعي لان ابن مسعود روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى في قتل خطأ أخجاسا على نحو ما قال به ابن مسعود وعن علي أنه أوجب أرباعا وخمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف الاسماء (قوله وذلك أي كونه أغلظ فيما قلنا لاننا نقول أن ثلاثا وأنتم تقولون أرباعا) أقول يعني والاول أكل في الغلظة (قوله لانه بأبي التغليظ) أقول ولئلا يبطل المقدار الثابت بالنص بالقياس

ايكن ما قلناه أخف وكان أولى بحال الخطا لان الخطا طئي معذور (قوله غير أن عند الشافعي) استثناء من قوله وبه أخذنا والشافعي يعني أنه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والجهة عليه ما ذكرنا أنه أليق بحال الخطا (وقوله ومن العين) يعني الذهب (ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) يعني وزن سبعة وقال الشافعي من الورق أي الفضة اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولنا أن عمر رضي الله عنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى بالدية في قتل بعشرة آلاف درهم فتعارضنا فاحتاج إلى تأويل وذكر المصنف تأويل ما ذكره الشافعي أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت الدراهم كذلك إلى عهد عمر رضي الله عنه فأبطل عمر ذلك الوزن (٣٠٤) وفيه بحث من وجهين أحدهما أنه قال روى عمر أن النبي صلى الله

عليه وسلم قضى بعشرة آلاف درهم ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعني إلى عهد عمر وذلك تناقض والثاني أن وزن ستة يزيد عليه اثني عشر ألفا فلا يكون التأويل كذلك صحيحا والجواب عن الأول أن المنقول كان في ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة وعلى هذا يجوز أن يكون في آخر عهده صلى الله عليه وسلم يؤخذ من الدراهم وزن سبعة أيضا ولا تناقض حينئذ وعن الثاني أن شيخ الإسلام قال في مبسوطه يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة الأشياء إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريبا

(قوله والجهة عليه ما ذكرنا أنه أليق بحال الخطا) أقول الأولى أن يجعل إشارة إلى قول ابن مسعود وإلى المعقول قال الاتقاني أي الجهة على الشافعي قول

ولان ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطا لان الخطا طئي معذور غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والجهة عليه ما رويناه قال (ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) وقال الشافعي من الورق اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه السلام قضى بذلك ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قضى بالدية في قتل بعشرة آلاف درهم وتأويل ما روى أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك

أبو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج وزد في غابة البيان وغيرهما من الشروح والمقادير لا تعرف الاسماء فكان كالرفوع فصار ما رواه ابن مسعود معارضاه فكيف يتم جعل المصنف مجرد رواية ابن مسعود رضي الله عنه دليلا على ما أخذنا نحن والشافعي به بدون بيان الرجحان فيما رواه ابن مسعود ثم كون ما رواه أليق بحالة الخطا الكونه أخف يصلح أن يكون مرجحا لما رواه وعن هذا قال تاج الشريعة بعد بيان اختلاف الصحابة في أسنان الأبل في دية الخطا ونحن رجحنا رواية ابن مسعود لانه أوفق لموضوع دية الخطا وهو التخفيف إلا أن قول المصنف ولان ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطا لان الخطا طئي معذور يشعر بان هذا دليل مستقل وما قبله أيضا دليل مستقل وهذا ينافي ضم الثاني إلى الأول ليحصل به الرجحان وبالجملة في تحرير المصنف هذا نوع ركازة وكان صاحب العناية تنبيهه حيث غير أسلوب تحرير المصنف في شرح هذا المقام فقال بعد بيان ما رواه ابن مسعود وما روى عن علي رضي الله عنه لا يمكن ما قلناه أخف فكان أولى بحال الخطا لان الخطا طئي معذور انتهى تبصر (قوله غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض) أقول هنا كلام وهو أن قوله هذا استثناء من قوله وأخذنا نحن والشافعي به كما صرح به في العناية وغيرهما والمقصود به بيان الفرق بيننا وبين الشافعي بعد الاتفاق في المأخذ لكن فيه اشكال اذا تظاهر أن ضمير به في قوله وأخذنا نحن والشافعي به يعود قوله وهذا أقول ابن مسعود راجع إلى قول ابن مسعود فيكون المأخذ المنفق عليه بيننا وبين الشافعي هو قول ابن مسعود فبعد ذلك كيف يتم القول بان عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والقضاء بان لبون مكان ابن مخاض ينافي الأخذ بقول ابن مسعود لان ابن مخاض متعين في قوله وإنما الذي يصلح أن يكون مأخذ المذهب الشافعي وهو القضاء بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ما روى مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أنه كان يقول في دية الخطا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة كما ذكر

ابن مسعود وقضاه رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة والسلام انتهى وفيه بحث (قوله وفيه بحث من وجهين) قال إلى قوله وعن الثاني أن شيخ الإسلام قال في مبسوطه يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة الأشياء إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريبا) أقول قال الزبلي وإذا جمل ما رواه الشافعي على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة استويا انتهى ولعل هذا الجمل أوجه وقال الزبلي كانت الدراهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة والسلام ثلاثة الواحدة منها وزن عشرة والثاني وزن ستة والثالث وزن خمسة انتهى قوله وزن عشرة أي العشرة منه وهو قدر الدينار وقوله وزن ستة أي العشرة منه وزن ستة دنابر وقوله وزن خمسة أي العشرة منه وزن خمسة دنابر

وقوله (ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة وقال منها) أي من هذه الانواع الثلاثة وهي الابل والذهب والفضة (ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) وقيل في تفسير ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيمة كل حلة خمسون درهما قال المصنف كل حلة ثوبان قيل هما ازار ورداء هو المختار قال في النهاية وقيل في ديارنا قبص وسراويل قال وفائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة على ما هو المذکور في كتاب الديات يجوز كالموصالح على أكثر من مائتي فرس وعلى قوله - ما لا يجوز كالموصالح على أكثر من مائة من الابل وقوله (لان عمره كذا جعل على أهل كل مال منها) قال أبو يوسف حدثنا ابن أبي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه الديات على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى أهل الابل مائة من الابل وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشياه أثنى شاة وعلى (٣٠٥) أهل الحلل مائتي حلة (ولا يبي حنيفة أن

التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالبية) وهذه الاشياء ليست كذلك ولهذا لا يقدر بها ضمان شئ مما وجب ضمانه بالاتلاف أو غيره فان قيل فالابل كذلك أجاب بقوله (والتقدير بالابل عرف بالانكار المشهورة) كما رويناها (وعدمناها في غيرها) فان قيل فليحق بها دلالة قلنا حتى ثبت أنها في معناها من كل وجه (وقوله وذ كرفي المعافل) أي في معافل المبسوط أورد هذا شبهة على ما روى عن أبي حنيفة من قوله ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة ووجه ورودها أن محمدا ذ كرفي المعافل أنه لو صالح الولي من الدية على أكثر من أثنى شاة أو على أكثر من مائتي بقرة أو على أكثر من مائتي حلة

قال (ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة وقال منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على أهل كل مال منها وله أن التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالبية وهذه الاشياء مجهولة المالبية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالانكار المشهورة وعدمناها في غيرها وذ كرفي المعافل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما

في غاية البيان فليتامر في التوجيه (قوله ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله وقال منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة) قال جماعة من الشراح فائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة كما هو المذکور في كتاب الديات يجوز كالموصالح على أكثر من مائتي فرس وعلى قوله - ما لا يجوز كالموصالح على أكثر من مائة من الابل انتهى أقول لبت شعري ما بالهم صور واظهر فائدة هذا الاختلاف في هذا المضيق وحصر واقع بكلمة انما مع كون ظهور فائدته في غير هذه الصورة أظهر وأجلى فان للقاتل الخيار في أداء الدية من أي نوع شاء من أنواع الدية لا من غير أنواعها كما صرحوا به فعلى قوله ما يتمكن القاتل من أدائها من نوع البقر أو نوع الغنم أو نوع الحلل كما يتمكن من أدائها من الأنواع الثلاثة المتفق عليها وهي الابل والعين والورق وعلى قوله في رواية كتاب الديات لا يتمكن من أدائها الا من هذه الانواع الثلاثة (قوله وذ كرفي المعافل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما) قال جمهور الشراح أورد قوله وذ كرفي المعافل أي في معافل المبسوط شبهة على ما روى عن أبي حنيفة من أنه لا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة ووجه ورودها أن محمدا ذ كرفي المعافل أنه لو صالح الولي من الدية على أكثر من أثنى شاة أو من مائتي بقرة أو من مائتي حلة لا يجوز ولم يذ كر الخلاف فيه وذلك دليل على أن الاصناف الثلاثة أيا من الأصول المقدرة في الدية عنده أيضا وذ كر الجواب بوجهين أحدهما يصح الشبهة ويرفع الخلاف وثانيهما يرفع الشبهة بحمل رواية

(٣٩ - تكمله ثامن)

لا يجوز ولم يذ كر الخلاف فيه وذلك يدل على أن الاصناف الثلاثة أيا من الأصول المقدرة في الدية عنده أيضا وذ كر الجواب بوجهين أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف ولا أرى صحة لانه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفا والثاني يرفعها بحمل رواية المعافل على أنها قولهما وحمل بعض مشايخنا على أن في المسئلة عنه روايتين

(قال المصنف وقال منها ومن البقر مائتا بقرة) أقول قوله مائتا بقرة خبر مبتدأ محذوف أي وهي مائتا بقرة وكذا في ألفا شاة ومائتا حلة (قوله انما يظهر فيما اذا صالح القاتل الخ) أقول في الحصر كلام فان القاضي لا يحكم من غير الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا يخبر القاتل الا فيم بخلاف مذهبهما (قوله أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف) أقول ضمير يقرر راجع الى أحدهما (قوله لانه يناقض رواية كتاب الديات) أقول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع الى قولهما

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل الخ) دية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على علي ومرفوعاً على النبي صلى الله عليه وسلم والموقوف في مثله كالمرفوع إذ لا مدخل للرأي فيه وقال الشافعي مادون الثلث لا يتنصف قال في النهاية الصواب أن يقال وقال الشافعي الثلث وما دونه لا يتنصف وذكر في ديات المبسوط وكان زيد بن ثابت يقول إن المعاقلة الرجل إلى ثلث ديتها يعني إذا كان الارش بقدر ثلث الدية أو دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء فإن زاد على الثلث فحينئذ حالها فيه على النصف من حال الرجل ولذلك قال بعده - إذ في قول المصنف اعتبار إيهاء بالثلث وما فوقه والصواب أن يقال اعتبار إيهاء بما فوق الثلث وفيه نظر لأنه قال في شرح الكافي قال محمد في الأصل بلغنا عن علي أنه قال دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس قال وبذلك تأخذ ثم قال وقال زيد بن ثابت ثلث (٣٠٦) الدية وما فوقها يتنصف وما دونه لا يتنصف وبه أخذ الشافعي وهذا يصح

قول المصنف واحتجوا في ذلك بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث الدية وبما حكى عن ربيعة قال قلت لسعيد ابن المسيب ما تقول فيه - ن قطع أصبع امرأة قال عليه عشر من الأبل قلت فإن قطع أصبعين منها قال عليه عشرون من الأبل قلت فإن قطع ثلاث أصابع قال عليه ثلاثون من الأبل قلت فإن قطع أربع أصابع قال عليه عشرون من الأبل قلت سبحان الله لما كثرت ألمها واشتد مصابها قل أرشها قال أعراق أنت فقلت لأبل جاهل مسترشد أو عاقل مستثبت فقال أنه السنة وبه أخذ الشافعي وقال السنة إذا أطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والجهة عليه

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل) وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على علي رضي الله عنه ومرفوعاً على النبي عليه السلام وقال الشافعي مادون الثلث لا يتنصف وإمامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والجهة عليه ما روينا به بعمومه ولأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعة أقل وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبار إيهاء بالثلث وما فوقه المعاقلة على أنها قولها ثم إن صاحب العناية رد الوجه الأول منها حيث قال ولا أرى صحة لأنه يناقض رواية كتاب الديات كما مر أنفاً انتهى أقول ليس هذا بشيء لأن مدار الوجه الأول على عدم قبول صحة رواية كتاب الديات وعدم تسليم ثبوت الاختلاف بينهم وكونه مناقضاً لرواية كتاب الديات إنما ينافي صحته لو تحققت صحة تلك الرواية وهي في حيز المنع عند قائل ذلك الوجه بدل عليه قطعاً عبارة صاحب النهاية حيث قال فقال في جوابه وجهين أحدهما أنه صحيح الشبهة فقال نعم تلك الرواية أعني رواية الخلاف غير صحيح بل الصحيح رواية كتاب المعاقلة والخلاف بينهم غير ثابت بل هذه الأنواع أعني البقر والغنم والخمل في الدية من الأموال المقدرة انتهى وتصحيح إحدى الروايتين ومنع الأخرى ليس بعز في كلمات الفقهاء وقد مر له نظائر كثيرة في الكتاب وقال بعض الفضلاء لدفع رد صاحب العناية الوجه الأول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع إلى قولها ما انتهى أقول هذا لا يصلح لدفع رده الوجه المزبور وإنما يصلح لأن يكون جواباً آخر عن أصل الشبهة لأن ما له أن يكون في المسئلة عنه روايتان ويكون المروي في أحدهما قوله الأول وفي الأخرى قوله الآخر الذي يرجع إليه وقد ذكره أيضاً صاحب العناية بعد بيان ذنبك الوجهين ورداً أحدهما حيث قال وحمل بعض مشايخنا على أن في المسئلة عنه روايتان انتهى ومدار رده أحد ذنبك الوجهين على أن يكون المراد به تقرير الشبهة ورفع الخلاف كما ذكره الشراح وذلك لا يتصور إلا بأن ينحصر القول منه في هاتيك المسئلة فيما ذكر في المعاقلة والالاتقرر الشبهة بل ترتفع بالحمل على القولين منه تفكير تفهم (قوله ولأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعة أقل) وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبار إيهاء بالثلث وما فوقه أقول لقائل أن يقول حاصل هذا التعليل القياس ولا مجال له في هذا الباب لأن الدية من المقدرات الشرعية ولا يجري القياس في المقادير على ما نصوا عليه ثم إن صاحب العناية قال في تعليل قوله فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبار إيهاء بالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة

مارويناه بعمومه وأن حالها أنقص من حال الرجل قال الله تعالى وللرجال عليهن درجة ومنفعة أقل لا تمكن من التزوج قال بأكثر من زوج واحد وقد ظهر أثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبار إيهاء بالنفس وبالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للأصل والحديث المروي نادراً ومثل هذا الحكم الذي يحمله عقل كل عاقل لا يمكن إثباته بالشاذ النادر وقول سعيد أنه السنة يريد به سنة زيد فإن كبار الصحابة أفتوا بخلافه ولو كانت سنة الرسول عليه السلام لما خالفوها

(قوله والصواب) أقول مقول القول (قوله ومثل هذا الحكم يحمله عقل كل عاقل) أقول وهو أن يقل الارش إذا كان مصابها أكثر وألمها أشد على ما مر آنفاً (قوله ولو كانت سنة رسول الله عليه الصلاة والسلام لما خالفوها) أقول الموقوف في مثله كالمرفوع على ما مر مراراً لا مدخل للرأي فيه خصوصاً في مثل هذا الحكم الذي يحمله عقل كل عاقل ولو لم يكن سنة لما قاله زيد رضي الله تعالى عنه فالجواب الجواب

قال (ودية المسلم والذي سواء) دية الذي كدية المسلم رجالهم كرجالهم ونساؤهم كنسائهم في النفس وما دونها وكلامه على الوجه الذي ذكره واضح وقد استدل الشافعي بقوله تعالى لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة ويقول تعالى أفن كان مؤمنا مكن كان فاسقا لا يستوون ويقول صلى الله عليه وسلم المسلمون تشكافأدماؤهم يدل على أن دماء غيرهم لا تشكافأولان نقصان الكفر فوق نقصان الانوثة وبالأنوثة تنقص الدية فبالكفر أولى وبان الرق أثر من آثار الكفر وبه تنقص الدية فبالكفر الموجب له أولى والجواب عن الآيتين أن المراد أحكام الآخرة على أنهم لا يعارضان قوله تعالى وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن وعن الحديث بأنه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة وعن المعقول بأن النقصان بالأنوثة والرق من حيث النقصان في المالكية فإن المرأة تلك المال دون النكاح وكذلك الرق يوجب نقصان المالكية والذي يساوي المسلم في المالكية فكذلك في الدية ولا يرتاب أحد أن نفس كل شخص أعز مما في يده من المال والذي يساوي المسلم في ضمان ماله إذا تلف في النفس أولى وإن لم يكن لنا في المسئلة إلا ما روى الزهري أن دية الذي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف وما روى عن علي رضي الله عنه أنه شمرته أنما بذلوا الجزية لتسكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا وما روى عن ابن مسعود دية الذي مثل دية المسلم وما روى عكرمة عن (٣٠٧) ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم ودي

ذميا قتل بمائة من الإبل
ليكن لنا من الظهور وفي
المسئلة ما لا يخفى على أحد

فصل فيما دون النفس

لما فرغ من ذكر النفس
ذكر ما هو نبيع لها وهو
مادونها قال (وفي النفس
الدية وقد ذكرناه) وأعاد
ذكر النفس في فصل ما دون
النفس فمهد الذي كرما بعده
وقوله ذكرناه يعني في أوائل
الجنابات ومعنى قوله في
النفس الدية تجب الدية
بسبب اتلافها كما يقال في
النكاح حل ومنه قوله
عليه السلام في خمس من الإبل
السائمة شاة وقوله (وفي

قال (ودية المسلم والذي سواء) وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر ألفا والشافعي ما روى أن النبي عليه السلام جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي رحمه الله لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه أشهر مما رواه مالك فإنه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم

فصل فيما دون النفس قال (وفي النفس الدية) وقد ذكرناه قال (وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية) والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه السلام لعمر بن حزم رضي الله عنه والاصل في الاطراف أنه اذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية

التبع للاصل وتبعه العيني أقول لما منع أن يمنع بطلان اللازم إذا لم يحذور في مخالفة التبع الذي هو الاطراف للاصل الذي هو النفس في بعض الاحكام ألا يرى أن القصاص يجري بين الرجل والمرأة ولا يجري بينهما فيما دون النفس عندنا كما مر في كتاب الجنابات فلم لا يجوز المخالفة بين النفس وما دونها في حكم الدية أيضا

فصل (الدية) فيما دون النفس لماذا كرحم الدية في النفس ذكر في هذا الفصل حكمها فيما دون

المارن الدية) يعني فيما دون قصبة الاتف وهو ما لا نمنه كل ما لا ثاني له في البدن عضو كان أو معنى مقصودا يجب بالتلافه كمال الدية ومن الاعضاء ما هو افسراد كالانف واللسان والذكر ومنها ما هو مزدوج كالعينين والاذنين والخاصيتين والبيدين ونحو ذلك المرأة والاثنتين والرجلين ومنها ما هو أربع كاشفار العينين ومنها ما هو أعشار كأصابع اليدين والرجلين ومنها ما زاد على ذلك كالاسنان (والاصل في الاطراف أنه اذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية) وفيه المنفعة والجمال بالكمال لان غير الكامل لا يجب فيه كل الدية وإن كان فيه تفويت عضو مقصود كما اذا قطع لسان الاخرس أو آلة الخصى والعينين واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لا يجب القصاص في العمد ولا الدية في الخطا لانه لم يفوت جنس منفعة ولا فوت جالا على الكمال وانما فيه حكومة عدل وأما اذا تلف الكمال فيجب فيه كمال الدية

(قوله والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن) أقول فيه أنه لا دلالة على العهد ويجوز أن يكون الحديث مبينا للمراد (قوله في النفس أولى) أقول ولا ينتقض بالمرأة لثبوتها بالآثر

فصل فيما دون النفس قال المصنف (وفي النفس الدية) أقول أي تجب الدية بسبب اتلافها في السببية (قوله كما اذا قطع لسان الاخرس إلى قوله والعين العوراء والسن السوداء) أقول من قبيل علقها بتبنا وما ياردا اذا وقع في العين والسن القلع والكسر

(لاتلافه كل النفس من وجهه وهو ملحق بالانلاف من كل وجهه تعظيماً لا دمي أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة) فان كان جنس المنفعة أو الكمال قائماً بعضواً واحداً فعند اتلافه يجب كمال الدية وان كان قائماً بعضوين ففي كل واحد منهما نصف الدية وان كان قائماً بأربعة أعضاء ففي كل واحد منها ربع الدية وان كان قائماً بعشرة ففي كل واحد منها عشر الدية وان كان قائماً بأكثر ففي كل واحد منها نصف عشر الدية وكلامه واضح وقوله (قبل تقسيم الدية على عدد الحروف) يعني على جملة الحروف مما يتعلق باللسان وغيره وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان قال في النهاية هي الالف والتاء والياء والجيم والدال والراء والزاي والسين (٣٠٨) والشين والصاد والصاد والطاء والظاء واللام والنون وفي كون الالف

من ذلك نظر لانه من أقصى الخلق على ماء عرف فإلم يمكنه اتيان حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية روي أن رجلاً قطع طرف لسان رجل في زمان على رضى الله عنه فأمره أن يقرأ ابنته فكما قرأ حرفاً أسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه وهذا يدل على صحة القيل الاول وبه صححه شيخ الاسلام وبيان اقامة بعض الحروف وهو ما لا يقتصر الى اللسان ان تهيات بدون اللسان لكن الافهام الذي هو المقصود لا ينهياً فيجب الامتحان بالجميع وكذا اذا ذهب سبعة أو بصره أو شمه أو ذوقه هذه الخواص فقبل اذا صدقه الجاني أو استخلفه على البتات وكل ثبت قوامها وقيل يعتبر فيه الدلائل الموصلة الى ذلك فان لم

لاتلافه النفس من وجهه وهو ملحق بالانلاف من كل وجهه تعظيماً لا دمي أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن أو الارنبه لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لا يزداد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام اتفويت منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قبل تقسيم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فيقدر ما لا يقدر تحب وقيل ان قدر على أداء أكثرها تحب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن أداء الأكثر يجب كل الدية لان الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطء والابلا دواستمسك البول والرحي به ودفق الماء والابلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة أصل في منفعة الابلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال (وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية) لفوات منفعة الادراك اذ به يتنفع بنفسه في معاشه ومعاذه (وكذا اذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه)

النفس لان الاطراف تابعة للنفس فاتبعت كرحكها أيضاً تحقيقاً للناسبة (قوله أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف) قال في الكافي وغاية البيان فقسمه سبعة عليه غيره اذا كان في معناه انتهى أقول فيه نظراً لان الدية من المقدرات الشرعية والقياس لا يجري فيها على ما عرف فالصواب عندي هنا أن يقال فألحقنا به غيره دلالة (قوله ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قبل تقسيم على عدد الحروف) وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فيقدر ما لا يقدر تحب قال جمهور الشراح والحروف التي تتعلق باللسان هي الالف والتاء والياء والجيم والدال والراء والزاي والسين والشين والصاد والصاد والطاء والظاء واللام والنون انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك عن النهاية وفي كون الالف من ذلك نظر لانه من أقصى الخلق على ماء عرف انتهى أقول نظره ساقط اذا الظاهر أن مراد جمهور الشراح بالالف والتاء والياء وغيرهما ما ذكرناه وهو الالفاظ التي يتجى بها لا الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلام والذي من أقصى الخلق انما هو الحرف الذي يقع جزء الكلام كما في أول أخذوا وسط سأل وأخر قرأ الحرف الذي يتجى به وهو لفظ ألف اذ هو مركب من ثلاثة أجزاء متعلق باللسان بواسطة جزئه الاوسط الذي هو اللام فنشأ نظر صاحب العناية عدم وقوفه على مرادهم كيف ولو كان مرادهم ما توهمه لذكروا الهمة بدل الالف كما لا يخفى فان قلت الالفاظ التي يتجى بها أسماء مسمياتها الحروف المبسوطة التي ركب منها الكلام كما حققه صاحب الكشف في

لان

يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والانكار فطريق معرفة السمع أن يتغافل وينادي فان أجاب علم أنه

يسمع وحكي الناطقي عن أبي خازم القاضي أن امرأة تطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجأة غطي عورتك فاضطربت وتصارعت الى جمع نياها وظهر مكرها وطريق معرفة ذهاب البصر أن يستقبل الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم أن الضوء باق وان لم تدمع علم أن الضوء ذاهب وذ كر الطحاوي أنه يلقي بين يديه حية فان هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره وطريق معرفة الشم بان يوضع بين يديه مال رائحة كريهة فان نقر عنه علم أنه لم يذهب شمه

(قوله أو استخلف على البتات) أقول أي لا على العلم لانه فعل نفسه

وقوله (لان كل واحد منها منفعة مقصودة) يعني ليس فيها استنباع كل واحد منها الاخر بخلاف قتل النفس حيث لا يجب الادية واحدة لان الاطراف تتبع النفس اما الطرف فلا يتبع طرفا اخر وبذا يدفع ما قبل لومات من النجاة لم تلزمه الادية واحدة فيفوت هذه المنافع بدون الموت اولى فان في الموت استنباعا دون عدمه وعلى ذلك ما روى عن عمر كاذ كرفي الكتاب وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانه يموت به منفعة الجمال قالوا والخلق رأس انسان اولحيته لا يطالب (٣٠٩) بالدية حالة الخلق بل يؤجل سنة

لتصور النبات فان مات قبل مضي السنة ولم ينبت فلا شئ على الخالق وقال فيه حكومة وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير في ذلك سواء وقوله (كافي الا ذنبن الشاخصين) أي المرتفعين وصفهما لدفع ارادة السمع وقوله (انه يجب فيها كمال القيمة) هي رواية الحسن عن أبي حنيفة اعتبروا بالدية في الحر لفقوات الجمال (والتخريج على الظاهر) وهو انه يجب نقصان القيمة وقوله (هو الاصح) احتراز عما قال بعض مشايخنا يجب فيه كمال الدية لانه عضو على حدة ويفوت به الجمال وقوله (ويستوى الخطأ والعمد) يعني كما يجب الدية في خلق الرأس والحيمة خطأ فكذا اذا خلقتا عمدا قبل وصورة خلقتا خطأ أن يظنه مباح الدم خلق الولي لحينه ثم ظهر أنه غير مباح الدم قبل موجب القصاص موجودا اذا كان عمدا فما المانع عنه مع الامكان وأوجب بأن القصاص عقوبة والعقوبة

لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روى أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال (وفي اللحية اذا خلقت فلم تنبت الدية) لانه يفوت به منفعة الجمال قال (وفي شعر الرأس الدية) لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي يجب فيها حكومة عدل لان ذلك زيادة في الادنى ولهذا يخلق شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كسعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا أن اللحية في وقتها جمال وفي خلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما في الاذن الشاخصين وكذا شعر الرأس جمال ألا ترى أن من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به جمال وأما الحية العبد فعن أبي حنيفة أنه يجب فيها كمال القيمة والتخريج على الظاهر أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال (وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح) لانه تابع للحية فصار ك بعض اطرافها (ولحية الكوسج) ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شئ في خلقه لانه وجوده يشينه ولا يزينه (وان كان أكثر من ذلك وكان على الحد والذقن جميعا لانه غير متصل فيه حكومة عدل) لان فيه بعض الجمال (وان كان متصلا ففيه كمال الدية) لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد الميت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شئ لانه لم يبق أثر الجناية ويؤدب على تركه ما لا يحل وان نبتت بيضاء فعن أبي حنيفة أنه لا يجب شئ في الحر لانه يزيد به جمالا وفي العبد يجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما يجب حكومة عدل لانه في غير أوانه يشينه ولا يزينه ويستوى العمد والخطأ على هذا الجمهور (وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية) وعند مالك والشافعي رجهما الله يجب حكومة عدل وقدم الكلام فيه في الحية

أول سورة البقرة وجهور السراح انما عدوا الالف ونظائرهم من الحروف التي تتعلق باللسان فكيف يصح أن يكون مرادهم بذلك ما يتجهى به من الالفاظ قلت قد وقع في عبارات المتقدمين اطلاق الحروف على تلك الالفاظ مسامحة استعجالا للحرف في معنى الكلمة كما نص عليه أيضا صاحب الكشف هناك وكلام هؤلاء السراح ههنا بل كلام المصنف أيضا جار على ذلك الاصطلاح الشائع فيما بين القوم ولهذا يقولون لها حروف التهجي فان قلت لم يريدوا بالحروف ههنا الحروف المبسوطة التي تتركب منها الكلم ولم يخرجوا الالف من عدد الحروف التي تتعلق باللسان قلت لعلى سر ذلك أن لفائت من الحروف انما يعرف بالامتحان والامتحان انما يكون في العادة بحروف التهجي كما وقع بها في قصة علي رضي الله عنه وهي ما روى أن رجلا قطع طرف لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ ا ب ت ث فكلما قرأ حرفا أسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسبه وهو الاصل في هذا الباب كما صرح به في الشروح وغيرها فاجبروا ههنا في العبارة والارادة على وفق ذلك تأمل توقف (قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال) أقول يرد على ظاهر هذا التعليل أنه يناقض سياق كلامه فانه قسم لحية الكوسج على ثلاثة أقسام وجعل منها ما كان متصلا فقله لانه ليس بكوسج في تعليل قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية

لا تثبت الا بالنص أو دلالة ولا نص في الشعور وليست في معنى المنصوص وهو الجروح لانه لا يحتاج في تفويتها الى الجراحة والضرب ولا يتوهم فيها السراية كما توهم في الجراحات وليس فيه امانة ذى الروح فلا يجوز إلحاقها بالمنصوص دلالة كما لا يجوز قياسا

(قوله يعني ليس فيها استنباع كل واحد منها الاخر بخلاف قتل النفس) أقول الاولى اسقاط لفظ كل (قوله وليس فيه امانة ذى الروح) أقول أي ليس في الشعر روح

قال (وفي العينين الدية) الأصل الذي ذكرناه في صدر الفصل يشمل هذه الفروع كلها والاشفار جمع شفر بالضم قال المصنف يحتمل أن مراده الاهداب مجازاً أو لعله قال ذلك دفعا لخطئه من خطأ محمد في اطلاق الاشفار على الاهداب قالوا الاشفار منابت الشعرو هي حروف العينين واطرافهما والشعور التي عليها (٣١٠) تسمى الهدب فقال المصنف يحتمل أن مراده الاهداب فيكون مجازاً

للمجاورة من ذكر المحل واردة
الحال ويحتمل أن مراده
الحقيقة فان في تقويت كل
واحد من المحل والحال
تقويت جنس المنفعة
والجمال على الكمال على
ما ذكر في الكتاب وقوله
(وهو نظير انقسام دية اليد
على الاصابع) يعني أن عشر
الدية الواجب بازاء كل اصبع
انما هو بمقابلة مفاصلها
فيه ثلاثة مفاصل كان لكل
منها ثلثه وما فيه مفاصلان
كان لكل منهما نصفه وقوله
(والاسنان والاضراس
كلها سواء) قالوا فيه نظر
والصواب أن يقال والاسنان
كلها سواء أو يقال والانياب
والاضراس كلها سواء لأن
السن اسم جنس يدخل تحته
اثنان وثلاثون أربع منها
ثنايا وهي الاسنان المتقدمة
اثنان فوق واثنان أسفل
ومثلها رباعيات وهي ما يلي
الثنايا ومثلها أنياب تلي
الرباعيات ومثلها ضواحل
تلي الانياب واثنان عشرة
سنان تسمى بالطواحين من
كل جانب ثلاث فوق وثلاث
أسفل وبعدها سن وهي آخر
الاسنان يسمى ضر من الحلم
لانه ينبت بعد البلوغ وقت
كمال العقل فلا يصح أن يقال

قال (وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي
الانثيين الدية) كذا روى في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال (وفي
كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية) وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمر بن حزم وفي العينين الدية
وفي احدهما نصف الدية ولان في تقويت الاثنين من هذه الاشياء تقويت جنس المنفعة أو كمال
الجمال فيجب كل الدية وفي تقويت احدهما تقويت النصف فيجب نصف الدية قال (وفي يدي
المرأة الدية) لما فيه من تقويت جنس المنفعة (وفي احدهما نصف دية المرأة) لما يباين بخلاف
يدي الرجل حيث يجب حكومة عدل لانه ليس فيه تقويت جنس المنفعة والجمال (وفي حلق المرأة
الدية كاملة) لقوات جنس منفعة الارضاع وامسالك اللبن (وفي احدهما نصفها) لما يباين قال
(وفي اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية) قال رضي الله عنه يحتمل أن مراده الاهداب مجازاً
كما ذكره محمد في الأصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت الجمال على
الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الاذى والقذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان
الواجب في الكل كل الدية وهي أربعة كان في أحدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها ويحتمل
أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا (ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة)
لان الكل كشيء واحد وصار كالمار مع القصبة قال (وفي كل اصبع من أصابع اليدين والرجلين
عشر الدية) لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تقويت جنس المنفعة
وفيه دية كاملة وهي عشر فتقسم الدية عليها قال (والاصابع كلها سواء) لاطلاق الحديث
ولانها سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا أصابع الرجلين لانه
يفوت بقطع كلها منفعة المشي فيجب الدية كاملة ثم فيها عشر أصابع فتقسم الدية عليها أعشاراً قال
(وفي كل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفاصلان ففي أحدهما نصف
دية الاصبع) وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال (وفي كل سن خمس من الابل) لقوله
عليه السلام في حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل والاسنان
والاضراس كلها سواء لاطلاق ما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في أصل
المنفعة سواء فلا يعتبر التفاصل كالأيدي والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عدداً ففيه
القصاص وقد مر في الجنائيات قال (ومن ضرب عضواً فذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد
اذا شلت والعين اذا ذهب ضوءها)

ينافي ذلك والجواب أن مراده بقوله لانه ليس بكوسج أنه ليس بكوسج حقيقة وان كان في صورة الكوسج
والذي قسم لحينه على ثلاثة أقسام في سياق كلامه أعم من الكوسج الحقيقي والصوري فلامنا فاه (قوله
والاسنان والاضراس كلها سواء) قال في العناية قالوا فيه نظرو الصواب أن يقال والاسنان كلها سواء أو
يقال والانياب والاضراس كلها سواء لأن السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثنايا
وهي الاسنان المتقدمة اثنان فوق واثنان أسفل ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنايا ومثلها
انياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحل تلي الانياب واثنان عشرة سنان تسمى بالطواحين من كل جانب
ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدها سن وهي آخر الاسنان تسمى ضر من الحلم لانه ينبت بعد البلوغ

الاسنان والاضراس سواء لعوده الى معنى أن يقال الاسنان وبعضها سواء فاذا ضرب رجل رجلاً حتى سقطت
أسنانه كلها كانت عليه دية وثلاثة أخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر ألف درهم وليس في البدن جنس عضو يجب بتقويته
أكثر من مقدار الدية سوى الاسنان ومن الناس من فضل الطواحين على الضواحل لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص

وقوله (لان المتعلق) يعني الذي يتعلق به وجوب كل الدية هو تفويت جنس المنفعة لافوات الصورة (فان قيل لان سلم) أن فوات الصورة ليس متعلق وجوب الدية بل الجمال أيضا مقصود كما تقدم في خلق الحاجبين والحية وليس أحدهما أولى باستباحته الآخر فيكون المحصر في غير موقعه أجيب بان الجمال مقصود في عضولا يكون المقصود منه المنفعة وأما اذا كان فالجمال تابع ألا ترى أنه اذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية لان المقصود باليد

(٣١١)

من حيث تفويت الجمال فاذا اجتمع جعل الجمال تابعا أيضا لانه اذا كان تابعا عند الاتفراد فلان يكون تابعا عند الاجتماع لوجود المستتبع أولى وقوله (لتفويت جنس المنفعة) يعني منفعة التسليم وقوله (لانه فوت جمالا على الكمال) هو استقامة القامة قيل وفي تفسير قوله تعالى لقد خلقنا الانسان في أحسن تقويم أي منتصب القامة وهي تزول بالحدوبة

فصل في الشجاج

لما كان الشجاج نوعا من أنواع مادون النفس وتكاثر مسائله ذكره في فصل على حدة قال (الشجاج عشرة) ووجه ذلك أن قطع الجلد لا بد منه للشجة وبعد القطع إما أن يظهر الدم أولا الثاني هو الحارصة والاول إما أن يسيل الدم بعد الاظهار

(قوله كما تقدم في خلق الحاجبين) أقول ولك أن تقول في الحاجب منفعة فانه يرد العرق عن العين ويفرقه ذكره الكاكي لكنه

لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لافوات الصورة (ومن ضرب صلب غيره فانقطع مأوه تجب الدية) لتفويت جنس المنفعة (وكذا لو أحده) لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة (فلو زالت الحدوبة لاثني عليه) لزوالها لا عن أثر (فصل في الشجاج) قال (الشجاج عشرة الحارصة) وهي التي تخرص الجلد أي تخدشه ولا تخرج الدم (والدامعة) وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين (والدامية) وهي التي تسيل الدم

وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء لعوده الى معنى أن يقال الاسنان وبعضها سواء انتهى أقول في هذا النظر بمالغة مردودة حيث قيل في أوله والصواب أن يقال وفيه إشارة الى أن ما في الكتاب خطأ وقيل في آخره فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء وفيه نصريح بعدم صحة ما في الكتاب مع أن تصحيحه على طرف التمام فان عطف الخاص على العام طريقة معروفة قد ذكرته في علم البلاغة وله أمثلة كثيرة في التنزيل منها قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى ومنها قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسوله وجبريل وميكال فجاز أن يكون ما نحن فيه من قبيل ذلك ويعود حاصل معناه الى أن يقال الاضراس وما عداها من الاسنان - واه فانه اذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ما عدا المعطوف من أفراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذور ثم ان قوله أو يقال والانياب والاضراس كلها سواء معارض بمثل ما أورد على ما في الكتاب فان الاضراس نعم الانياب كما أفصح عنه في المغرب حيث قال الاضراس ما سوى الثنايا من الاسنان وكذا ذكر في النهاية وغيره فاعود معنى قوله والانياب والاضراس سواء الى أن يقال وبعض الاضراس والاضراس كلها سواء لمثل ما ذكر في الاراد على ما في الكتاب فلامعنى لان يكون ذلك صوابا دون ما في الكتاب نعم الاظهر في افادة المراد ههنا أن يقال والاسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث أو أن يقال والاضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط

(فصل في الشجاج) لما كان الشجاج نوعا من أنواع مادون النفس وتكاثر مسائله أسماه وحكما ذكره في فصل على حدة كذا في الشروح قلت لو ذكر المصنف لفظ الباب بدل لفظ الفصل في قوله فصل فيما دون النفس ثم ذكر الشجاج التي هي نوع من أنواع مادون النفس في فصل و ذكر سائر أنواعه التي سيجي في الفصل الآتي في فصل آخر أيضا كان أحسن وأوفق لما هو المعتاد في نظائره كما لا يخفى (قوله والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين والدامية وهي التي تسيل الدم) أقول نفس الدامعة والدامية من الشجاج بهذا الوجه الذي ذكره المصنف وان وقع في كثير من الكتب المعتمدة من الفقه كالبدائع والكاافي وعامة الشروح واقتضاه ترتيب القدر في مختصره حيث قدم الدامعة على الدامية وصرح به في شرحه لمختصر الكرخي إلا أنه منظوره عنده لأنه مخالف لما ذكر في عامة كتب اللغة الموثوق بها فانه قال في المغرب الدامعة من الشجاج هي التي يسيل منها الدم كدمع العين

كلام على السند (قوله ألا يرى أنه اذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية) أقول ولك أن تقول انما لا تجب الدية في اليد الشلاء لان الزينة فيها ليست بكاملة ألا ترى أن الانسان يتجمل به اعند من لا يعرف حالها وأما اعند من يعرف حالها فلا جمال فيها واذا لم تكمل الزينة لم يكمل الارش بل وجب الحكومة (قوله فاذا اجتمع جعل الجمال تابعا أيضا) أقول لو كان تابعا لم يجب شيء بتفويته والله تعالى أعلم

(فصل في الشجاج) (قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد) أقول فيه أن الخدش لا يطلق عليه القطع في المتعارف والموجود في الثلاث الاول ذلك

أولاً والثاني هو الدامعة والأول إما أن يقطع بعض اللحم أولاً والثاني هو الدامعة والأول إما يكون قطعاً كثر اللحم الذي بينه وبين العظم أولاً والثاني هو الباضعة والأول إما أن أظهر الجلد الرقيقة الحائلة بين اللحم والعظم أولاً والثاني هو المتلاحة والأول إما أن يقتصر على الظهار أو يتعدى والأول هو السمحاق (٣١٣) والثاني إما أن يقتصر على الظهار العظم أولاً والثاني هو الموضحة والثاني إما

أن يقتصر على كسر العظم أولاً والأول هو الهاشمة والثاني إما أن يقتصر على نقل العظم وتحويله من غير وصوله إلى الجلد التي بين العظم والدماغ أولاً والأول هو المنقلة والثاني هو الآمة وهي العاشرة ولم يذكر ما بعدها وهي الدامعة بالغين المججمة وهي التي تخرج الدماغ لأن النفس لا تبقى بعدها عادة فكان ذلك قتلاً لاشجة على ما يجي في الكتاب وليس الكلام فيه فقد علم بالاستقراء بحسب الآثار أن الشجاج لا يزيد على ما ذكر في الكتاب وقد علم بذلك حقيقة كل واحدة منها ثم ذكر الحكم بعد ذلك وهو واضح قوله (ولأن فيما فوق الموضحة) يريد ما هو أكبر شجة منها وهو الهاشمة والمنقلة والآمة وقوله (وفيما قبل الموضحة) يريد الست المنقدمة عليها من الحارصة إلى السمحاق والمبار ما يسر به الجرح أي بقدر قدر غوره بمجدة أو غيرهما والمراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها وهي الست المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها انما هو

(والباضعة) وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه (والمتلاحة) وهي التي تأخذ في اللحم (والسمحاق) وهي التي تصل إلى السمحاق وهي جلد رقيقة بين اللحم وعظم الرأس (والموضحة) وهي التي توضع العظم أي تبينه (والهاشمة) وهي التي نهشم العظم أي تنكسره (والمنقلة) وهي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله (والآمة) وهي التي تصل إلى أم الرأس وهو الذي فيه الدماغ قال (في الموضحة القصاص إن كانت عمداً) لما روي أنه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولأنه يمكن أن ينتهي السكن إلى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص قال (ولاقصاص في بقية الشجاج) لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لأنه لا حد ينتهي السكن إليه ولأن فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذا رواية عن أبي حنيفة وقال محمد في الأصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه إذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غوره بما سبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع به مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص قال (وفيما دون الموضحة حكومة عدل) لأنه ليس فيها أرض مقدر ولا يمكن إهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ما تورع النخعي وعمر بن عبد العزيز قال (وفي الموضحة إن كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية

وقبلها الدامعة وهي التي تدمى من غير أن يسيل منها دم انتهى وقال في الصحاح والدامعة من الشجاج بعد الدامعة قال أبو عبيد الدامعة هي التي تدمى من غير أن يسيل منها دم فإذا سال منها الدم فهي الدامعة بالغين غير مججمة انتهى وقال في القاموس والدامعة من الشجاج بعد الدامعة اه إلى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة وسيجي من المصنف التصريح بأن الحكم في الشجاج مرتب على الحقيقة اللغوية في الصحيح فلا مجال للحمل على الاصطلاح المحض ثم أقول الصحيح المطابق للغة في تفسير الدامعة والدامعة من الشجاج وترتيبهما ما ذكر في المحيط البرهاني نقلاً عن الطحاوي حيث قال فيه أعلم أن أول الشجاج الحارصة بالحاء المهملة وهي التي تشق الجلد مأخوذة من قولهم حرص القصار الثوب إذا شقه في الدق ولا تدميه ثم الدامعة وهي التي تخدش الجلد وتدميه ولا تسيل الدم هكذا ذكره الطحاوي وذكر شيخ الإسلام هي التي تقشر الجلد وتدميه سواء كان سائلاً أو غير سائل ثم الدامعة وهي التي تدمى وتسيل الدم هكذا ذكر الطحاوي في كتابه وذكر شيخ الإسلام هي التي تسيل الدم أكثر مما يسيل في الدامعة من السيلان مأخوذة من دمع العين فكانها سميت بهذا الاسم لأن الدم يصل إلى صاحبها فتدمع عيناه بسبب ما يجرد من الألم إلى هنا لفظ المحيط فتبصر (قوله والباطضة) وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه أقول في تفسير الباضعة بما ذكره المصنف فتوروان تابعه صاحب الكافي وكثير من المتأخرين فيه لأن قطع الجلد متحقق في الصورة الأولى أيضاً سيما في الدامعة والدامعة إذا ظهر أن شيئاً من الظهار الدم وأسالت لا يتصور بدون قطع الجلد وقد صرح الشراح بتحقيق قطع الجلد في كل من الأنواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملاً لكل غير مختص بالباضعة فالظاهر في تفسير الباضعة ما ذكر في المحيط والبدائع حيث قال في المحيط ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تقطعه وقال في البدائع والباضعة هي التي تبضع

وفي

على رواية غير الأصل وأما على روايته فقد قال يجب القصاص فيما فوق الموضحة

(قوله والأول أن إما يكون قطعاً كثر اللحم الذي بينه وبين العظم) أقول ضمير بينه راجع إلى الجلد في قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد (قوله والثاني هو الباضعة) أقول الباضعة على ما ذكره المصنف وغيره هي التي تقطع الجلد (قوله والأول إما أن يقتصر على الظهار) أقول أي الظهار الجلد الرقيقة

وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية (لماروي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمية عشر وفي المنفصلة خمسة عشر وفي الآمة وروي المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولائها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احدهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في المافضة ثلثا الدية وعن محمد أنه جعل المتلاجة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بدأ مروى عن أبي يوسف وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة منفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحا والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحقق في غيرهما نحو الساق والبدل لا يكون لها أثر مقدر وانما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما

اللحم أي تقطعه انتهى وبعض ذلك ما وقع في معتبرات كتب اللغة فانه قال في المغرب وفي الشجاج الباضعة وهي التي جرحت الجلد وشقت اللحم انتهى وقال في الصحاح والباضعة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمي الاله لا يسيل الدم انتهى وقال في القاموس والباضعة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم شقا خفيفا وتدمي الاله لا تسيل انتهى لا يقال فعلى هذا تشبه الباضعة بالمتلاجة فانه قال في الكتاب والمتلاجة وهي التي تأخذ في اللحم وهذا في المال عين ما نقلته عن المحيط والبدائع في تفسير الباضعة لاننا نقول من فسر الباضعة بما نقلناه من المعنى الظاهر لا بقول بنفسه المتلاجة بما ذكر في الكتاب حتى يلزم الاشتباه بل يزيد عليه فيدا وعن هذا قال في المحيط ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تقطعه قال شيخ الاسلام ولا تزع شيئا من اللحم ثم المتلاجة وهي التي تقطع اللحم وتزع شيئا من اللحم الى هنا لفظ المحيط وقال في البدائع والباضعة هي التي تبضع اللحم أي تقطعه والمتلاجة هي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه انتهى وقال في المغرب والمتلاجة من الشجاج هي التي تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها أي تتلاحم وتتلاصق اه وقال في الصحاح والمتلاجة الشجة التي أخذت في اللحم ولم تبلغ السحماق انتهى وقال في القاموس وشجة متلاجة أخذت فيه ولم تبلغ السحماق انتهى (قوله وفي الجائفة ثلث الدية) قال في الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة انتهى وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا وكذا قال في العناية نقلا عن النهاية أقول نعم على ما ذكر في الايضاح يكون الامر كذلك الا أن المصنف تداركه حيث قال فيما بعد وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن يعني أنها لما تناوأت ما في جوف الرأس أيضا كانت من الشجاج فيما اذا وقعت في الرأس فتدخل في مسائل الشجاج باعتبار ذلك فلا يكون ذكرها في فصل الشجاج ممما وقع اتفاقا (قوله ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة) قال في النهاية ومعراج الدراية وكذلك تختص بالجبهة والوجهين والذقن أيضا على ما ذكرنا من رواية الايضاح انتهى أقول ليس لهذا الكلام وجه اذ لا شك أن كلاما من الجبهة والوجهين والذقن داخل في الوجه لانهم صرحوا في أول كتاب الطهارة بان حد الوجه من قصاص الشعر الى أسفل الذقن والى شحمتي الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها وقد صرح الشراح فيما يأتي في هذا الفصل حتى صاحب النهاية ومعراج الدراية أنفسهم أيضا بان الذقن من الوجه بخلاف والعظم الذي تحت الذقن وهو اللحيان

وقوله (وفي الجائفة ثلث الدية) قال في الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة قال في النهاية فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا وذلك لان الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن وقوله (وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى) يعني يرجع الى ما أخذ الاستقاق فمحمد ذهب الى أن المتلاجة مشتقة من التحم الشبان اذا اتصل أحدهما بالآخر فالمتلاجة ما تظهر اللحم ولا تقطعه والباضعة بعدها لانها تقطعه

(قال المصنف وعن محمد أنه جعل المتلاجة قبل الباضعة الخ) أقول وعلى ما ذكره محمد تبقى التي تأخذ من اللحم غير مذكورة الا أن نعم الباضعة لها كما ذكره الامام الزبلي وغيره من الشراح

وقوله (وأما اللحيان) يريد به العظم الذي (٣١٤) تحت الذقن وقوله (وقد تحقق فيه معنى المواجهة) قبل عليه فيجب

أن يكون غسلهما فريضاً في الطهارة وأجيب بأن تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة وقوله (ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين) مثله ان كانت قيمته من غير جراحة تبلغ ألفاً ومع الجراحة تبلغ تسعمائة علم أن الجراحة أوجب نقصان عشر قيمته فأوجب عشر الدية لان قيمة الحر دية قال قاضيان والفتوى على هذا وقوله (ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة) بيانه أن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلاً فإنه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة فان كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث أرش الموضحة وان كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة وان كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة قال شيخ الاسلام هذا هو الاصح الحديث على فانه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعيب

(قال المصنف ولانه انما ورد الحكم فيها الخ) أقول دليل على عدم جواز الحاق الجراحة بهاد لالة فتى قوله ولانه تسامح (قال المصنف وهو العضوان هذان

ولانه انما ورد الحكم فيها المعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لاسواهما وأما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيهما ما فيه أرش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا أن عندناهما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن وتفسر حكومة العدل على ما قاله الطحاوي أن يقوم بمواكب دون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المخصوص عليه

من الوجه أيضا عندنا خلافا لمالك فقول المصنف ثم هذه الشجاجة تختص بالوجه والرأس يشمل الكل فبعد ذلك ما معنى أن يقال وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضا وكل من العطف وأداة التشبيه يقتضي المغايرة لا محالة (قوله ولانه انما ورد الحكم فيها المعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة) قال بعض الفضلاء دليل على عدم جواز الحاق الجراحة بهاد لالة فتى قوله ولانه تسامح انتهى أقول ان أراد أنه دليل على ذلك أصالة فهو ممنوع وان أراد أنه دليل أصالة على عدم وجوب أرش مقدر في الجراحة التي في غير الوجه والرأس ولكن يتضمن الدلالة أيضا على عدم جواز الحاق تلك الجراحة بالشجاجة دلالة فهو مسلم ولكن قوله فتى قوله ولانه تسامح ممنوع لان قوله لان التقدير بالتوقيف دليل على عدم وجوب أرش مقدر في الجراحة الكائنة في غير الوجه والرأس ولما كان قوله ولانه انما ورد الحكم فيها الخ دليلا على ذلك أيضا أصالة كان حق الاداء أن يقال ولانه لا تسامح أصلا ولعل ذلك البعض انما غره تقرير صاحب الكافي ههنا حيث قال لان الاثر بالتقدير جاء في الشجاجة في الرأس والوجه وغيرهما ليس في معناهما حتى يلحق بهما لانه انما ورد الحكم فيها المعنى الشين الذي يلحقهما ببقاء أثر الجراحة والشين انما يكون فيما يظهر من البدن وهو الوجه والرأس انتهى ولكن لتقرير المصنف شأن آخر كما ترى (قوله الا أن عندناهما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا) قال في النهاية وفي مبسوط شيخ الاسلام ويجب أن يفرض غسل اللحيين في الطهارة لانهم من الوجه على الحقيقة الا أن تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى وهكذا ذكر في الكفاية ومعراج الدراية أيضا وأما صاحب العناية فذكره على وجه السؤال والجواب حيث قال قبل عليه فيجب أن يكون غسلهما فريضاً في الطهارة وأجيب بأن تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى وافتنى أثره الشارح العيني أقول في الجواب اشكال عندي لان اللحيين اذا كانا من الوجه على الحقيقة كانا داخلين تحت قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم فيكون ترك وجوب غسلهما بالاجماع نسخا للكتاب بالاجماع وقد تقر في أصول الفقه أن الاجماع لا ينسخ الكتاب ولا السنة (قوله وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن) أقول فيه كلام وهو أن الجائفة ان تناوأت ما في جوف الرأس أيضا فالتى في جوف الرأس منها ان كانت من أحد الانواع العشرة للشجاجة فاما معنى ذكرها وبيان حكمها بعد ذلك كرتلك الانواع بأسرها وبيان حكم كل واحد منها وان لم تكن من أحد تلك الانواع بل كانت مغايرة لها فاما معنى قوله في صدر الفصل الشجاجة عشرة اذ تكون الشجاجة حينئذ احدى عشرة اللهم الا أن يقال هي احدى تلك الانواع وهو الآلة بدلالة كون حكمها ثلث الدية وذكرها مع حكمها بعد ذلك كرتلك الانواع مع أحكامها لبيان حال قسمها الذي في جوف البطن لا لبيان حال قسمها الذي في جوف الرأس لكنه تعسف لا يحق

فصل قال (وفي أصابع اليد نصف الدية) لأن في كل أصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الجنس نصف الدية ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على مامر (فإن قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية) لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي أحدهما نصف الدية ولأن المكف تبسع للأصابع لأن البطش بها (وإن قطعها مع نصف الساعد ففي الأصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل) وهو رواية عن أبي يوسف وعنه أن ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تبسع للأصابع إلى المنكب وإلى الفخذ لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب فلا يزداد على تقدير التسرع

فصل في الأطراف دون الرأس لما كانت الأطراف دون الرأس ولها حكم على حدة كرها في فصل على حدة كذا في العناية وغيرها أقول لا يذهب على الناظر في مسائل هذا الفصل أنها غير منحصرة في الأطراف بل بعضها متعلقة بالأطراف وبعضها متعلقة بالشجاج وبعضها متعلقة بالقتل فالوجه المذكور أنما ينشئ في بعض منها دون الكل فالوجه عندي أن يقال لما كانت مسائل هذا الفصل مسائل متفرقة ولهذا كانت كل مسألة منها في باب على حدة في مختصر الكرخي كما ذكر في غاية البيان أوردها المصنف في فصل على حدة وأخرها عن الفصلين المارين جريا على ما هو عادة المصنفين من جمع المسائل المتفرقات في فصل واحد وتأخيرها عن سائر الفصول تلافيا لما فات فيها إلا أنه لم يصرح بكونها مسائل متفرقة كما هو المعتاد أيضا اعتمادا على فهم الناظرين (قوله وفي أصابع اليد نصف الدية) أي في أصابع اليد الواحدة نصف الدية إذ في أصابع اليدين كمال الدية كما مر أقول لقائل أن يقول لماذا كره في مامر أن في كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية كان ذلك كره هذه المسئلة ههنا مستندرا كذا لا شك أن خمسة أعشار الدية نصف الدية فعلم قطعها مامر أن في أصابع اليد الواحدة وهي خمس أصابع نصف الدية ولولم يكف الاستلزام والاقتضاء في حصول العلم بمسئلة بل كان لا بد فيه من التصريح بالزم أن يذكر أيضا أن في الأصبعين عشرى الدية وفي ثلاث أصابع ثلاثة أعشار الدية وفي أربع أصابع أربعة أعشار الدية إلى غير ذلك من المسائل المتروكة ذكرها صراحة في الكتاب ويمكن الجواب عنه بأن ذكر هذه المسئلة ههنا ليس لبيان نفسها أصالة حتى يتوهم الاستدراك بل ليكون ذكرها توطئة للمسئلة المعاقبة إياها وهي قوله فإن قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية فالمقصود بالبيان هنا أن قطع الأصابع وحدها وقطعها مع الكف سيان في الحكم وعن هذا قال في الوقاية في هذا المقام وفي أصابع يد بلا كف ومعها نصف الدية (قوله ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على مامر) يعني أن قطع كلها تفويت جنس منفعة البطش وهو موجب الدية الكاملة على مامر ففي تفويت نصف منفعة البطش اللازم من قطع أصابع اليد الواحدة نصف الدية لا محالة ثم إن جمهور الشراح قالوا قوله على مامر إشارة إلى قوله ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشرة فتقسم الدية عليها أقول فيه بحث إذا ظاهر أن قوله على مامر متعلق بقوله وهو الموجب لا بما قبله والالكان حق قوله وهو الموجب أن يؤخر عن قوله على مامر وإذا كان قوله على مامر متعلقا بقوله وهو الموجب لم يتم أن يشار به إلى ما قاله هؤلاء الشراح إذ ليس في ذلك تعرض لما هو الموجب للدية حتى يشار إليه هنا بقوله كما مر وقال صاحب الغاية هنا قوله وهو الموجب على مامر أي الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الآلة على مامر في فصل فيما دون النفس اه أقول هذا أبعد مما ذهب إليه جمهور الشراح لأن بيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الآلة مما لا فائدة له أصلا فيما نحن فيه لأن المفروض فيه قطع أصابع اليد الواحدة على ما يدل عليه قوله ولأن في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش دون مجرد إزالة

فصل لما كانت الأطراف دون الرأس ولها حكم على حدة كرها في فصل على حدة (في أصابع اليد نصف الدية) لأن في كل أصبع عشر الدية على ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم في كل أصبع عشر من الأبل وقوله (على مامر) إشارة إلى قوله ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة الخ

فصل في أصابع اليد قال المصنف (وفي أصابع اليد نصف الدية) أقول ولا يعلم فيه خلاف

وقوله (ولا تبع للتبع) يعني واذا لم يكن تبعاً للأصابع ولا للكف وجب اعتباره على حدة اذ لا وجه لاهـ داره ولم يرد فيه من الشارع شيء مقدر فيجب فيه حكومة عدل وأجيب عن قوله والبس اسم لهذه الجارحة بالمنع فان البس اذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند كما في آية السرقة وقوله (وان قطع الكف من المفصل) واضح (وقوله والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب) يعني أن الترجيح من حيث الحقيقة والشرع أمان حيث الحقيقة فهو أن البطش بالأصابع وأمان حيث الحكم فلان الاصبع له أرش مدة يدور الكف ليس كذلك ومثبت فيه التقدير شرعاً فهو ثابت بالنص وما لا تقدير فيه شرعاً فهو ثابت بالرأي وهو لا يعارض النص فكان ثابت فيه التقدير نصاً أولى فان المصير الى الرأي ضرورة ولا ضرورة عند امكن ايجاب الارش المقدر (٣١٦) شرعاً ولما كان الاعتبار عند أبي حنيفة لتقدير الشرع نصاً يفرق

ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعاً في حق التضمين ولأنه لا وجه الى أن يكون تبعاً للأصابع لان بينهما عضواً كاملاً ولا الى أن يكون تبعاً للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال (وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان اصبعين فالتس ولا شيء في الكف) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يتطرق الى أرش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار أحدهما لان كل واحد منهما أصل من وجه فربحنا بالكثرة وله أن الاصابع أصل والكف تابع حقيقة وشرعاً لان البطش يقوم بها وأوجب الشرع في اصبع واحدة عشر من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب (ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الاصابع ولا شيء في الكف بالاجماع) لان الاصابع أصول في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبع الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة بأسرها قال (وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل) نشر يفال لا دى لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة

منفعتهما دون القطع حتى يتصور كون قول المصنف ههنا على ما مر إشارة الى ما ذكره في فصل فيما دون النفس قبيل فصل السجاج بقوله لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة كما زعم صاحب الغاية بخلاف ما مر في ذلك الفصل فان وضع المسئلة هناك فيمن ضرب عضواً فذهب منفعته بدون أن يقطعه فليبان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة تأثيراً وفائدة ظاهرة هناك ثم أقول الاقرب الى الحق عندى أن يكون قول المصنف ههنا على ما مر إشارة الى ما ذكره في أوائل فصل فيما دون النفس من قوله والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال أو زال جمالا مقصوداً في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لا تلافه النفس من وجه وهو الحق بالانلاف من كل وجه تعظيماً للآدمي اهـ فان الظاهر منه أن الموجب للدية الكاملة في الاطراف تفويت جنس المنفعة أو ازالة الجمال المقصود في الآدمي على الكمال فيناسب الإشارة اليه ههنا بقوله على ما مر في قوله وهو الموجب على ما مر (قوله ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع) أقول لقائل أن يقول الظاهر من هذا الكلام أن يكون لكل واحد من الكف والأصابع مدخل في البطش ومدلول قوله فيما قبل ولان الكف تبع للأصابع لان البطش بها أن يكون الباطش هو

بين أن يكون الباقي من الاصابع واحداً أو أكثر لان للاصبع الواحدة أرشاً مقدر فيجعل الكف تبعاً للاصبع الواحدة وكذا المفصل الواحد من الاصبع في ظاهر الرواية لان له أرشاً مقدر او ما بقي شيء من الاصل وان قل فلا حكم للتبع وقوله (في الاصبع الزائدة حكومة عدل) يعني سواء قطع عمداً أو خطأ وسواء كان للقاطع اصبع زائدة أو لا ما اذا لم يكن فلانه لا وجه الى قطع اصبع أخرى فلا يجب القصاص كن قطع ابهام انسان وليس له ابهام ولان المساواة في القيمة شرط جريان القصاص ولم توجد لان قيمة الاصبع الزائدة حكومة عدل وقيمة الاصبع الغير الزائدة أرش مقدر فلا مساواة بينهما في

وكذلك

القيمة وأما اذا كان له اصبع زائدة فلان المساواة في القيمة يقتضي شرط جريان القصاص ولم

يوجد لما قلنا ان الواجب في قطع الزائدة حكومة عدل وهي تعسف بالقيمة والقيمة تعرف بالحزر والظن فلا يقين غة وقوله (لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة) قيل عليه انه منقوض بما اذا كان في ذقن رجل شعيرات معدودة فأزالها رجل ولم يثبت مثلها فانه لم يجب حكومة عدل وان كان الشعر جزءاً من الآدمي بدليل أنه لا يحصل الانتفاع به وأجيب بان ازالة جزء الآدمي انما توجب حكومة عدل اذا بقي من أثره ما يشينه كما في قطع الاصبع الزائدة وازالة الشعيرات تزينه لا تشينه فلا توجبها كالأفص ظفر غيره بغير اذنه

(قوله وأجيب بان ازالة جزء الآدمي الخ) أقول ووجب الحكومة يدل على ذلك لانها باعتبار النقص في القيمة وذلك بالشين اللاحق به وقول التكرخي لا يمكن اعتباره في غير الرأس والوجه كما لا يخفى

وقوله (وكذلك السن الشاغية) أي الزائدة (لما قلنا) يريد قوله لانه جزء من يده فان السن جزء من فم والسن الشاغية هي التي يخالف
 نيتها ثبت غيرها من الاسنان يقال رجل أشقى وامرأة شغوا فافانها وان كانت زائدة فهي نقصان معنى وقوله (والظاهر لا يصلح
 للالزام) انما قيد بالالزام لان مثل هذا الظاهر يصلح لغير (٣١٧) الالزام حتى لو اعتق صغيرا لا يعلم صحة

هذه الاعضاء منه بقينا
 يخرج عن عهدة الكفارة
 لان الغالب هو السلامة
 وقد تقدم من قبل في قوله
 ويجزئه رضيع قال (ومن
 شجر جلا فذهب عقله أو
 شعر رأسه) في هذا بيان أن
 الجزء قد يدخل في الكل
 قوله (فصار كما اذا أوضعه
 فمات) يعني من حيث ان
 ذهب العقل في معنى تبديل
 النفس والخاصة بالهائم أو
 من حيث ان العقل ليس
 في موضع بشار إليه فصار
 كالروح للجسد وقوله
 (وأرشد الموضحة يجب بفوات
 جزء من الشعر) لبيان الجزئية
 وقوله (حتى لو ثبت) يعني
 الشعر (يسقط) يعني أرشد
 الموضحة لبيان أن الارش
 يجب بالفوات كذا في النهاية
 وليس بمفتقر اليه لكونه
 معلوما وقوله (وقد تعلقا)
 يعني أرشد الموضحة والدية
 (بسبب واحد) وهو فوات
 الشعر لكن سبب الدية الكل
 فدخل الجزء في الجملة كما
 اذا قطع اصبع رجل فسلت
 يده

(قال المصنف وقال الشافعي
 يجب دية كاملة) أقول
 قال الكاكي وبه قال أحمد
 والثوري لعموم الحديث قلنا

(وكذلك السن الشاغية) لما قلنا (وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل)
 وقال الشافعي يجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فأنشبه قطع المارن والاذن ولنا أن المقصود
 من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم يعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشل والتظاهر لا يصلح حجة للالزام
 بخلاف المارن والاذن الشاغية لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال (وكذا لو استهل الصبي)
 لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل
 به على النظر فيكون حكمه بعد ذلك حكم البالغ في العمد والخطا قال (ومن شجر جلا فذهب عقله أو شعر
 رأسه دخل أرشد الموضحة في الدية) لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا أوضعه
 فمات وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو ثبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا
 بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فسلت يده وقال زفر لا يدخل لان كل
 واحد منها جناية فيمادون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنابات

الاصابع لا غير فبين كلاميه في المقامين نوع تدافع وكان صاحب الكافي تفتن له حيث غير تحرير
 المصنف هنا فقال لهما أن أرشد البدن انما يجب باعتبارانه آلة باطشة والاصل في البطش الاصابع
 والكف تبع لهما اما الساعد فلا يتبعها لانه غير متصل بهما لم يجعل تبعها في حق التضمن انتهى ثم أقول
 يمكن التوفيق بين كلامي المصنف أيضا بنوع عناية وهو أن يقدر المضاف في قوله فيما قبل لان البطش
 بهما أي لان اصل البطش بهما كما قال في الكافي هناك لان قوام البطش بهما فلا ينافي أن يكون بالكف
 أيضا بطش في الجملة بالتبعية فيرتفع التدافع (قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار
 كما اذا أوضعه فمات) أقول فيه نظرا ذلوا كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هذا مادارد دخول
 أرشد الموضحة في الدية لما تم ما سبق في فصل فيمادون النفس من لانه قد روي أن عمر رضي الله عنه
 قضى باربعة ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فانهم صرحوا بأنه لو مات
 من الشجة لم يلزمه الادية واحدة فلو صح كون فوات العقل بمنزلة الموت لما لزم (٢) في ضربة ذهب بها
 العقل الادية واحدة فليتأمل (قوله وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو ثبت يسقط)
 قال صاحب النهاية أي لو ثبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجب شي ثبت به هذا أن وجوب
 أرشد الموضحة بسبب فوات الشعر انتهى وقال صاحب العناية قوله وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من
 الشعر لبيان الجزئية وقوله حتى لو ثبت يعني الشعر يسقط يعني أرشد الموضحة لبيان أن الارش يجب
 بالفوات كذا في النهاية وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما انتهى أقول ان قوله وليس بمفتقر اليه لكونه
 معلوما ليس بشئ اذ لا ريب أن كون وجوب أرشد الموضحة بفوات جزء من الشعر لا بمجرد تدفريق
 الاتصال والالام الشديد أمر خفي جدا غير معلوم بدون البيان والاعلام اذ كان الظاهر المتبادر مما
 ذكره وفي فصل الشجاج أن لا يشترط في وجوب أرشد الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلية بان
 لا يثبت بعد أصلا فانهم قالوا الموضحة من الشجاج هي التي توضع العظم أي بينه وبين واحد كما بهاته
 القصص ان كانت عدا ونصف عشر الدية ان كانت خطأ ولا شئ أن اسم الموضحة وحدها المذكور
 يتحققان فيما ثبت فيه الشعر أيضا فكان اشتراط أن لا يثبت الشعر بعد البرء أصلا في وجوب أرشها
 أمر أخفيا محتاجا الى البيان بل الى البرهان ولهذا قال المصنف وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من

خص منه لسان الاخر من انتهى وفيه أنه لا يدفع عموم حديث العين والذكر (قوله أو من حيث ان العقل ليس في موضع بشار اليه الخ)
 أقول قال العلامة الكاكي وفيه تأمل اذ بعض أهل السنة قالوا محل العقل القلب وبعضهم قالوا محل الرأس انتهى فكان الاولى أن يقال
 من حيث بطلان منفعة جميع الاعضاء كما قاله المصنف فشرح كلامه بما ذكره لا يطابق المشروح (٢) لم يلزم كذا بهامش الأصل

وقوله (و جوابه ما ذكرناه) قيل يعني به قوله لان بفوات (٣١٨) العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد

وهو أشمل من الاول وقوله (قالوا) يعني المشايخ (هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف) قال في النهاية ذكر أبي يوسف مع أبي حنيفة وقع سهوا لكونه مخالفا لجميع روايات الكتب المتداولة فينبغي أن يترك محمدا مكان أبي يوسف كما هو في الايضاح أولا يترك أحدا أصلا كما هو رواية المبسوط وشروح الجامع الصغير والخيرة والمغني وهذا الذي ذكره اذا كان خطأ وأما اذا كان عمدا يجب أرش الموضحة ودية السمع والبصر عند أبي حنيفة وعندهما يجب القصاص في الشجة والدية في السمع والبصر وقوله (وجه الاول) هو أن أرش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام وقوله (على ما بينا) يعني قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقوله (وجه الثاني) يعني قوله وعن أبي يوسف أن السمع والكلام مبطن قبل يراد به الكلام النفسي بحيث لا ترسم فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا وان كان المراد به

و جوابه ما ذكرناه قال (وان ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية) قالوا هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعن أبي يوسف أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول أن كلامهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبهه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا ووجه الثاني أن السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به قال (وفي الجامع الصغير ومن شجر رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك) عند أبي حنيفة قالوا وينبغي أن تجب الدية فيهما (وقال في الموضحة القصاص) قالوا وينبغي أن تجب الدية في العينين قال (وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فمثل ما بقي من الاصبع أو اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك)

الشعر حتى لو نبت يسقط وقال في الكافي ووجوب أرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لا يجب شيء وقال في المبسوط وجوب أرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل انه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شيء الى غير ذلك من البيانات الواقعة من الثقات (قوله وجوابه ما ذكرناه) قال في العناية قيل يعني به قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو أشمل من الاول انتهى أقول في قوله وهو أشمل بحث لان المراد بسبب واحد في قول المصنف وقد تعلقا بسبب واحد انما هو فوات الشعر كما يرشد اليه قوله قد دخل الجزء في الجملة لان الجزئية انما توجد في صورة فوات شعر رأسه بالشجة لا في صورة ذهاب عقله لهما وقد صرح الشراح حتى صاحب العناية نفسه بكون مراد المصنف بسبب واحد هناك فوات الشعر حيث قال في شرحه قوله وقد تعلقا يعني أرش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة انتهى ولا يخفى أن هذا المعنى يختص بالمسئلة الثانية وهي صورة ذهاب شعر رأسه كما أن قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء مختص بالمسئلة الاولى وهي صورة ذهاب عقله فكيف يصح القول بان القيل الثاني أشمل من الاول والوجه عندي أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرناه في قوله وجوابه ما ذكرناه مجموع ما ذكره في تعليلي المسلتين فحينئذ يوجد الشمول بلا غبار كما لا يخفى (قوله وجه الاول أن كل واحد جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبهه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء) قال في معراج الدراية قال الهندواني كنا نفرق بهذا الفرق حتى رأيت ما يتقضى وهو انه لو قطع يده فذهب عقله أن عليه دية العقل وأرش اليد بخلاف من أحد فلو كان زوال العقل كزوال الروح لما وجب أرش اليد كالأومات والصحيح من الفرق أن الجناية وقعت على عضو واحد في العقل ووقعت في السمع والبصر على عضوين فلا يدخل انتهى أقول كما ينتقض الفرق المذكور في الكتاب بالمسئلة التي ذكرها الهندواني كذلك ينتقض ما عده صحيحا من الفرق بتلك المسئلة فان الجناية وقعت فيها أيضا على عضو واحد وهو اليد مع أنه لم يدخل أرش اليد في الدية وان اعتبر العقل في تلك المسئلة عضوا مغايرا لعضو اليد فنكون الجناية فيها واقعة على العضوين بذلك الاعتبار فلم يعتبر العقل في مسئلة الشجة أيضا عضوا مغايرا للجزء الشجة حتى تكون هذه المسئلة أيضا بذلك الاعتبار من قبيل ما وقعت الجناية على عضوين فلا يدخل الارش في الدية كافي السمع والبصر وبالجملة ما عده الهندواني صحيحا من الفرق هنا لا يخلو عن الانتقاض أيضا فأمل (قوله ووجه الثاني أن السمع والكلام مبطن) قال صاحب العناية قبل يراد به الكلام النفسي بحيث لا ترسم فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات ففي جعله مبطنا

التكلم بالحروف والاصوات ففي جعله مبطنا نظر وقوله (وقالوا) يعني المشايخ (ينبغي أن تجب و ينبغي الدية فيهما) أي في العينين (والارش في الموضحة) وقال في الموضحة القصاص (قالوا) أي المشايخ (وينبغي أن تجب الدية في العينين)

وقوله (لهما في الخلافية) أي فيما إذا شجر رجلا موضحة فذهبت عيناه (فلا يجب في الموضحة القصاص وفي العينين الدية وله) أي ولا يـ حنيفة (أن الجراحة الأولى سارية والجراحة التي تعمل قصاصا قد لا تكون سارية إذا لم يس في وسعه فعل ذلك) فلا يكون مثلا للأولى ولا قصاص بدون المماثلة (ولأن الفعل واحد وهو الحركة القائمة) أي الثانية حال الشجر (وكذا المحل) أي محل الجنايتين (واحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر) ونهاية الجناية لم توجب القصاص بالاتفاق فيورث الشبهة في البداية نظر إلى اتحادهما وقوله (بخلاف النفسين) جواب عن قولهما كن رمي إلى رجل عمدا فأصابه وتعدى إلى غيره فقتله ووجه ذلك أننا جعلنا الفعل واحدا من حيث أن الثاني حصل من سرية الأول وههنا ليس كذلك فإن السرية إنما تكون بتعاقب الآلام وهـ وإنما يتحقق في شخص واحد قوله (وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع) جواب عما يقال (٣١٩) إذا قطع أصبع رجل عمدا فاضرب السكين

ووقع على أصبع أخرى فقطعها يقتص الأولى دون الثانية فما بال مسئلتنا لم تكن كذلك ووجهه أن القطع الثاني إنما يورث الشبهة في القصاص لأنه فعل مقصود وأما ذهاب العين بالسرية فليس بفعل مقصود فقوله (لأنه ليس فعلا مقصودا) الضمير فيه عائد إلى ذهاب العين بالسرية وبهذا التوجيه يندفع ما قال في النهاية أن في قوله (لأنه ليس فعلا مقصودا) نظر وأن الصواب ما ذكره في الذخيرة أنه مقصود ولكن ليس من أثره فانه رجع الضمير إلى الفعل الثاني فاختل الكلام وقد ذكر المصنف فرعين بناء على ما ذكر من الدليلين الأول بالنسبة إلى الأول والثاني إلى الثاني (وقالوا زفر) تركيب غير جائز ولو قال وقالهما وزفر كان صوابا وقوله (والوجه من الجانبين

وينبغي أن نجيب الدية في المفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل) وكذلك لو كسر سن رجل فأسود ما بقي ولم يحل خلافا وينبغي أن نجيب الدية في السن كله (ولو قال قطع المفصل وانزل ما ليس أو كسر القدر المكسور وانزل الباقي لم يكن له ذلك) لأن الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كالوشحه منة له فقال أشحه موضحة وانزل الزيادة لهما في الخلافية أن الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في أحدهما لا تعدى إلى الأخرى كن رمي إلى رجل عمدا فأصابه ونفذ منه إلى غيره فقتله يجب القود في الأول والدية في الثاني وله أن الجراحة الأولى سارية والجزء بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال ولأن الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر فأورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية بخلاف النفسين لأن أحدهما ليس من سرية صاحبه وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع لأنه ليس فعلا مقصودا قال (وان قطع أصبعها فسلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص في شيء من ذلك) عند أبي حنيفة وقالهما وزفر والحسن يقتص من الأولى وفي الثانية أرشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد في المسئلة الأولى وهو ما إذا شجر موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيه ما لأن الحاصل بالسرية مباشرة كافي النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الأخيرة لأن الشلل لا قصاص فيه فصار الأصل عند محمد على هذه الرواية أن سرية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص بوجوب الاقتصاص كما لو ألت إلى النفس وقد وقع الأول ظاهرا ووجه المشهور أن ذهاب البصر بطريق التسيب لا يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسيب بخلاف السرية إلى النفس لأنه لا تبقى الأولى فانقلبت الثانية مباشرة قال (ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص) الأعلى رواية ابن سماعة (ولو أوضحه موضحتين

نظر انتهى أقول: ~~يمكن~~ أن المراد به هو الثاني والمراد بكون السمع والكلام مبطنا كون محلها متورا غائبا عن الحس بخلاف البصر فإن محله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى (قوله وينبغي أن نجيب الدية في المفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل) أقول لقائل أن يقول هذا يخالف وينافي ما ذكره فيما قبل من قوله وقد تعلقا بسبب واحد قد دخل الجزء في الكل كما إذا قطع أصبع رجل فسلت يده فإن مقتضى ما أسلفه أن يجب في الكل الدية ويدخل الجزء في الكل على خلاف ما ذكره ههنا اللهم إلا أن يكون بناء اختلاف ما ذكره في المقامين على اختلاف الروايتين في المسئلة ومما يعضده كلام تاج الشريعة هنا حيث قال وذكر الصدر الأشهر يند في الجامع على نحو ما ذكره هنا

قد ذكرناه أنفا) يريد قوله ومن شجر رجلا موضحة فذهبت عيناه الخ وقوله (أنه يجب القصاص فيهما) أي في الشجة وذهاب البصر فرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة وبين ذهاب السمع منها فأوجب القصاص فيه ما في الأول دون الثاني لأنه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بأن ضرب على رأسه حتى ذهب سمعه لا يجب القصاص لتعذر اعتبار المساواة بخلاف البصر فإن ذهابه إن كان بفعل مقصود يجب القصاص فكذلك سرية الموضحة وقوله (بخلاف الخلافية الأخيرة) يعني قوله وإن قطع أصبعها فسلت إلى جنبها أخرى وقوله (ألا يرى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها) حتى وجب أرشها مع دية العينين عند أبي حنيفة والقصاص في موضحة والأرض في العينين عندهما

وفوه (فتا كلتا) اى صارنا واحدا بالا كل (فهو على الروايتين) اى الرواية المشهورة ورواية ابن سماعه (عن محمد) يعنى لا قصاص على المشهور وفيه ما للقصاص على رواية ابن سماعه (وعن ابي يوسف انه اذا قلع سن بالغ فنبت مكانها اخرى تجب حكومة عدل) لما كان الالم الحاصل يقوم وليس به هذا الالم ويقوم وبه هذا الالم فيجب ما انتقص منه بسبب الالم من القيمة وقوله (فنبت سن الاول) يعنى بغير اعوجاج وان نبت معوجا (٣٣٠) تجب حكومة عدل قوله (ولهذا يستأنى حولا) اى يؤجل سنة

(بالاجماع) وقال في التمه حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل وليس بظاهر وانما الظاهر ما قال المصنف لان الحول مشتمل على الفصول الاربعة وانما تأثير فيما يتعلق ببدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجنى عليه فيؤثر في انباته ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال في الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله صلى الله عليه وسلم في الجراحات كلها يستأنى حولا وهو كما ترى ينافى الاجماع وقوله (فاختلاف قبل السنة) اى قال المضروب انما سقط سننى بضربك وقال المضارب بسبب آخر وقوله (ليكون التأجيل مفيدا) يعنى ان التأجيل انما كان ليظهر عافية الامر فلا ولم يقبل قوله كان التأجيل وعدمه سواء وقوله (وان اختلفا في ذلك) اى في سقوط السن بعد السنة

فتا كلتا فهو على الروايتين هاتين قال (ولو قلع سن رجل فنبت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة وقال عليه الارش كاملا) لان الجنابة قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى وله أن الجنابة انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبى فنبت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة (وعن ابي يوسف انه تجب حكومة عدل) لما كان الالم الحاصل (ولو قلع سن غيره فردا صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الارش بكاه) لان هذا مما لا يعتد به اذا العروق لا تعود (وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت) لانها لا تعود الى ما كانت عليه (ومن نزع سن رجل فانزع المزوعة سنة سن النازع فنبت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم) لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى فانه دمت الجنابة ولهذا يستأنى حولا بالاجماع وكان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك للقصاص الا أن في اعتبار ذلك تضييع الحق وقا كنقينا بالحول لانه ثبت فيه ظاهرا فاذاء ضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا ثبت تبين أنا أخطأ تأفيه والاستيفاء كان بغير حق الا أنه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال قال (ولو ضرب انسان سن انسان فتمزكت يستأنى حولا) ليظهر أثر فعله (فلو أجهل القاضى سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنة فاختلاف قبل السنة فيما سقط بضربه فاقول للضروب) ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجبه موضحة فجاه وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة أما التحريك فيؤثر في السقوط فافترقا (وان اختلفا في ذلك بعد السنة فاقول للضارب) لانه ينكر أثر فعله وقدمضى الاجل الذى وقفه القاضى لظهور الاثر فكان القول للنكر (ولو لم تسقط لاشئ على الضارب) وعن ابي يوسف انه تجب حكومة الالم

وذكر في الاسلام البزدوى في مسبوطة أجمعوا على انه لو قطع مفصلا من اصبع فقل الباقي فانه يجب في الكل الارش ويجعل كله جنابة واحدة انتهى تدبر (قوله ولهذا يستأنى حولا بالاجماع) اى يؤجل سنة بالاجماع وذكر في التمه أن سن البالغ اذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل الا أن قبل البرء لا يقتض ولا يؤخذ الارش لانه لا يدري عاقبته انتهى قال صاحب العناية بعد نقول ذلك اجمالا وليس بظاهر وانما الظاهر ما قال المصنف لان الحول مشتمل على الفصول الاربعة ولهات تأثير فيما يتعلق ببدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجنى عليه فيؤثر في انباته وقال ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال في الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله صلى الله عليه وسلم في الجراحات كلها يستأنى حولا وهو كما ترى ينافى الاجماع انتهى أقول نظره ساقط لان الذى ينافى الاجماع مما نقله عن الذخيرة انما هو مفهوم قوله وبعض مشايخنا قالوا اى مفهوم المخالفة لكن مفهوم ذلك انما هو عدم اجماع المشايخ لعدم اجماع المجتهدين وقراد المصنف بالاجماع في قوله ولهذا يستأنى حولا بالاجماع انما هو اجماع المجتهدين دون اجماع المشايخ وانتفاء أحد الاجماعين لا يستلزم انتفاء الآخر

(قوله وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ) أقول يعنى بعض المشايخ قالوا الاستيناء حولا وسننين انما هو في الصغير واما في البالغ فلا يستأنى (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام في الجراحات كلها يستأنى حولا) أقول اعلم أن في سن الصبي يستأنى حولا بالاتفاق وفي سن البالغ خلاف ابي يوسف والتفصيل في غاية البيان ثم لا يخفى على من علم أن ما ذكره الشارح لا يدل على نفي الاجماع في سن البالغ لا يتكلف (قال المصنف وان اختلفا في ذلك بعد السنة فاقول للضارب لانه ينكر أثر فعله الخ) أقول هذا لا يدل على كون القول للضارب اذا كان السقوط قبل السنة والاختلاف بعدها وبثبت ذلك بالبينه أو بالنكول

وقوله (وسنين الوجهين) أي وجهه قوله لاثني على الضارب ووجه حكومة الالم وقوله (يحجب الارش كاملا) وقوله (لماذا ذكرنا) يعني قوله لا يمكنه أن يضربه ضربا يسود منه ولم يفصل بين ما اذا كانت السن من الاضراس التي لا ترى أو من الاسنان التي ترى وقالوا يجب أن يكون الجواب على التفصيل فان كانت من الاضراس فالمعتبر في وجوب كمال الارش فقد منفعة المضغ بالسوداد دون الجمال لانه ليس بظاهر فيه حكومة عدل وان كانت مما يرى فالامر بالعكس ولم يذكروا الاصفرار وهو كالاسوداد عند بعض المشايخ يجب كمال الارش وعند آخرين حكومة عدل لانه لم يفوت جنس منفعة السن ولا فوت الجمال على الكمال لان الصفرة قد تكون لون الاسنان في بعض الانسان وانما يكون فيه نوع نقص فتجب الحكومة بخلاف الجرمة (٣٣٩) والخضرة والسواد لانها لا تكون

وسنين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى (ولم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطا على العاقلة
وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص) لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه (وكذا اذا كسر بعضه
واسود الباقي) لاقصاص لما ذكرنا (وكذا الواجر او اخضر) ولو اصاب فرقيه روايتان قال (ومن شجر جلا
فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش) عند أبي حنيفة لزوال الشين الموجب وقال أبو
يوسف يجب عليه أرش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه
وقال محمد عليه أجرة الطبيب لانه انما الزمه الطبيب وضمن الدواء بفعله فصاركانه أخذ ذلك من ماله الا
أن أبا حنيفة يقول ان المنافع على أصلها لا تتقوم الا به قد أوشبهه ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم
شيأ قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط بفرجه فبرأ منها فعليه أرش الضرب) معناه اذا بقي أثر الضرب
فأما اذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قدم مضى في الشجة المتحمة قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله
خطأ قبل البره فعليه الدية وسقط عنه أرش اليد)

(٤١ - تكملة ثامن) وان لم يجزعه فلا شيء عليه بالاتفاق وان لم يبق أثره فهو على اختلاف

(قوله دون الجمال لانه ليس بظاهر فقيه - حكومة عدل) أقول ضمير فقيه راجع الى الجمال (قوله وان كانت مما ترى فالامر بالعكس) أقول مخالف لما ذكره قبيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة (قال المصنف وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى عليه أرض الالم) أقول يدل على أن ذلك ظاهر الرواية عنه وقوله فيما سبق في موضعين وعن أبي يوسف يدل على أنه غير ظاهر الرواية (قوله ووجهه أن تحمل الالم من المنافع) أقول فيه تأمل (قال المصنف وقال محمد وعليه أجرة الطبيب) أقول وعليه من الأدوية لكنه غلب الاول على الثاني لا طراد دونه

جنس واحد) ليكون كل واحد منهما خطأ وقد تقدم أقسام هذه المسئلة وقوله (ومن جرح رجلا جراحة) واضح وقوله (لانه مال وجب بالقتل ابتداء) يعني لا بعد فقد يحدث بعد القتل كالصلح

(قوله وقد تقدم أقسام

هذه المسئلة) أقول في

أول فصل ومن قطع بـ رجل

خطأ (قال المصنف لقوله

عليه السلام لا تعقل

العواقل عدا الحديث)

أقول وفي الكفاية ولا عبدا

ولا صلحا ولا اعترافا ولا

مادون أرض الموضحة

قوله ولا عبدا أي لا تعقل

عاقلة الانسان ما جنى على

عبد فمادون النفس لان

الاطراف في العبد يسلك

بهم مسلك الاموال والعاقلة

لا تعقل الجنائيات المالية

حتى لو قتل عبدا انسان

خطأ فالقيمة على العاقلة

لأنها بدل الدم ودم العبد

لا يسلك به مسلك الاموال

وقد قيل ان المراد أن

العبد اذا جنى جنابة فالولى

هو الذى يلزمه الدفع أو

الفداء دون عاقلة المولى

كذا في الاوضح انتهى

ورد في القاموس ذلك وقال

لو أريد هذا المعنى لقبيل وعن

عبد فانه فرق بين عقلته

وعقلته عنه انتهى وسيجي

جوابه على التفصيل

لان الجنابة من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع أجزائها قد دخل الطرف في النفس كأنه قتله ابتداء قال (ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ) وقال الشافعي رحمه الله يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها ما لها الاحال لان حكمها في الحال غير معلوم فلهذا تسرى الى النفس فيظهر أنه قتل وانما يستقر الامر بالببره قال (وكل عدا سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل أرض وجب بالصلح فهو في مال القاتل) لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عدا الحديث وهذا عمد غير أن الاول يجب في ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبهه شبه العمد والثاني يجب حال لانه مال وجب بالعقد فأشبهه الثمن في البيع

التي لا ترى أو من العوارض التي ترى قالوا يجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل ان كان السن من الاضرار التي لا ترى ان فاتت منفعة المضغ بالاسوداد يجب الأرض كاملا والا يجب حكومة العدل وان كان السن من العوارض التي ترى وتظهر يجب كمال الأرض بالاسوداد وان لم تفت منفعته لانه فوت جالا على الكمال انتهى وهذا ذكره الشراح هنا وعزاه أكثرهم الى الذخيرة فقط وأورد بعض الفضلاء على جواب الشق الثاني من التفصيل انه مخالف لما ذكره قبيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه بأن المنفعة في الاسنان التي ترى ليست بمقصودة منها بالذات وان حصلت فيها أيضا في الجملة وانما المقصود منها بالذات الجمال والزينة للانسان وما ذكره واقيل فصل الشجاج من كون الجمال تابعا انما هو في الاعضاء التي يقصد منها المنفعة أصالة كاليد ونحوها فلا مخالفة (قوله لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عدا الحديث) قال صاحب الغاية فيه نظر لانه من كلام ابن عباس والشعبي وقد مر أن نفا انتهى أقول هذا النظر في غاية القوط أما أولا فلا ن هذا الحديث كما روى موقوفان ابن عباس والشعبي روى أيضا مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما نص عليه هنا صاحب الكافي حيث قال والاصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنهما موقوف على مرفوعا الى رسول الله عليه السلام لا تعقل العاقلة عدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرض الموضحة انتهى وكذا نص عليه المصنف في كتاب المعاقلة بهذا المنوال فكان من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ما روى مرفوعا اليه بلا ريب وهذا يكفي في صحة عبارة المصنف هنا كما لا يخفى وأما ثانيا فلا ن على ما روى موقوفا أيضا يحمل على الرواية عن النبي عليه السلام لانه مما لا يعلم بالرأى بل يتوقف على السماع ومنهله هذا يحمل على السماع صيانة للصحابي عن الكذب والجفاف ويصير الموقوف فيه كالمرفوع على ما تقرر في علم الاصول ومرفى في الكتاب مرارا فصح قول المصنف في حق هذا الحديث لقوله عليه السلام على كل حال والمحجب من صاحب الغاية أنه قال وقد مر أن نفا والذي مر منه أن نفا يصير جوابا عن نظره هذا فانه قال هناك روى محمد بن الحسن في موطئه وقال أخبرنا عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس رضى الله عنهما قال لا تعقل العاقلة عدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك وهذا لا يعلم الا من طريق التوقيف فحمل على أنه رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم لصيانته عن الكذب والجفاف الى هنا لفظه وهذا صريح في الجواب عن نظره ههنا كما لا يخفى (قوله غير أن الاول يجب في ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبهه شبه العمد) أقول ان قيد ابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء مستدرك بل مفسد لان المصنف قال في أوائل كتاب الجنائيات أثناء بيان أن من موجبات

وقوله (واذا قتل الاب ابنه عمدا) كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي وقوله (لا سيما الى زيادة) يعني المجهل فانه زائد على المؤجل (٣٣٣) من حيث الوصف في المالبية

وهو معروف فإيجاب المال حالا بالقتل يكون زيادة على ما أوجبه الشرع ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفه فانه تابع للقدر وقوله (لما رويانا) يعني قوله صلى الله عليه وسلم لا نعقل العاقلة عمدا ولا اعترافا وقوله (عده) أي عمد كل واحد منهم وقوله (ولهذا تجب الكفارة به) أي بالمال وانما يفديه لانهم أجمعوا على أن التكفير بالصوم لا يجب عليهم ما وقوله (ويحرم عن الميراث على أصله) أي ثبت هذان الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على أصل الشافعي (لانهم ما يتعلقان بالقتل) فعمل بهذا أنهم ما مطالبان بموجب القتل فكذلك ههنا لما تخلف عنهما أحد حكمي القتل وهو القصاص ينسحب عليه الحكم الآخر وهو وجوب الدية في ماله اذ الأصل ذلك

(قوله كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي) أقول وجوبه في ثلاث سنين لم يعلم منها (قوله فانه زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالبية) أقول قوله في المالبية متعلق بقوله زائد

قال (واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين) وقال الشافعي رحمه الله تجب حالة لان الأصل أن ما يجب بالتلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف في الخطأ وهذا عام فلا يستحقه ولان المال وجب جبر الحقة وحقه في نفسه حال فلا ينجز بالمؤجل ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الأذى بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا محلا فلا يعدل عنه لاسيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا (وكل جنابة اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته) لما رويانا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال (وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جنابة موجبا خمسمائة فصاعدا او المعتوه كالمجنون) وقال الشافعي رحمه الله عمده عمد حتى تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذا الممد هو القصد غير انه تخلف عنه أحد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على أصله لانهم ما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطؤه سواء ولان الصبي مظنة المرجة والعقل الخطأ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو أعذر وأولى به من هذا التخفيف ولان سلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فاني يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهم ليسا من أهل العقوبة والكفارة كاسمها استارة ولا ذنب تستر لانهما مرفوعا القلم

شبه العمد الدية المغلظة على العاقلة والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة فلو كان الاول ههنا ما لا وجب بالقتل ابتداء لموجب على العاقلة على مقتضى الأصل المذكور هناك مع أنه يجب على القاتل في ماله كما صرح به آنفا فالوجه أن يترك قيد ابتداء ههنا فيقال لانه مال وجب بالقتل احترازا به عما وجب بالعمد كما في القسم الثاني فانه يجب حالا ولقد أصاب فيما بعد حيث قال ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد (قوله واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين) قال صاحب العناية كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي انتهى أقول اعذاره هذا ليس بسديد أما أولا فلان ذكر حكم هذه المسئلة بعد ذكر تلك الضابطة الكلية قد وقع في مختصر القدوري والبداهة أيضا بدون بيان خلاف الشافعي أصلا فكيف يصلح بيان المصنف في شرحه خلاف الشافعي لان يكون عذرا من ذكره حكم هذه المسئلة في منته قبل مدة ومن ذكر القدوري اياه في مختصره قبل سنين متكاثره وهل يتفوه العاقل بمنثل ذلك الاعتذار وأما ثانيا فلان خلاف الشافعي ليس بمختصر في حكم هذه المسئلة المنفردة بالذ كر بل خلافه متحقق في حكم تلك الضابطة الكلية على الإطلاق فانه لا يقول بالتأجيل في العمد أصلا بل يخصه بالخطأ كما يفصح عنه تعليقه المذكور في الكتاب وتلك الضابطة الكلية اغماهي في العمد وحكمها التأجيل مطلقا كما صرح به المصنف بقوله غير أن الاول يجب في ثلاث سنين فقصد بيان خلاف الشافعي لا يقتضي افراد حكمها تلك المسئلة بالذ كر بعد ذكر تلك الضابطة الكلية فلا تمسية للاعتذار المذكور أصلا

فصل في الجنين عقب أحكام الاجزاء الحقيقية أحكام الجزاء الحكمي وهو الجنين لكونه في حكم الجزء من الام (واذا ضرب بطن امرأة فأقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية) غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب وسمى بدل الجنين غرة لان الواجب عبد والعبد يسمى غرة وقيل لان غرة الشيء أوله وغرة الجنين أول مقدره اظهر في باب الدية قال المصنف (معناه) أي معنى قوله نصف عشر الدية (دية الرجل وهـ) هذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم) لان نصف العشر من عشرة الاف هو العشر من خمسة آلاف والقياس وهو قول زفر أن لا يجب شيء لانه لم تعلم حياته بيقين وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك فان قيل (٣٢٤) اظهر أنه حي أو معد للحياة قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا

لا يجب في جنين البهيمة الاتصان البهيمة ان تمكن

فصل في الجنين (قوله

غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب) أقول والعبد والامة الفارسة (قوله وقيل لان غرة الشيء أوله) أقول أول الشيء الذي يجب في الآدمي الغرة وبعدد ما الدية لانه قبل ايجاب الغرة لحم ودم فلا يجب شيء (قال المصنف قال معناه دية الرجل أي معنى قوله

نصف عشر الدية دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة) أقول فيه بحث فان نصف عشر دية الرجل يشمل الذكر والانثى نعم يفرق بينهما في جنين الامة كما لا يخفى ويعلم جوابه من شرح الكنز للعلامة الزيلعي حيث قال ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالاجاع وهو الغرة وجوابه أنا لان سلم

فصل في الجنين قال (واذا ضرب بطن امرأة فأقت جنينا ميتا ففيه غرة وهي نصف عشر الدية) قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس أن لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق

فصل (الجنابة) في الجنين لما ذكر أحكام الجنابة المتعلقة بالآدمي من كل وجهه شرع في بيان أحكامها المتعلقة بالآدمي من وجهه دون وجهه وهو الجنين بيان ذلك ما ذكره شمس الائمة السرخسي في أصوله أن الجنين مادام محتجنا في البطن ليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الآدمي لكنه منفرد بالحياة معد لان يكون نفسه ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون أهلا لوجوب الحق له من عتق أو ارث أو نسب أو وصية وباعتبار الوجه الاول لا يكون أهلا لوجوب الحق عليه فأما بعد ما يولد فله ذمة صالحة ولهذا الوان قلب على مال انسان فأنلفه يكون ضامنا له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي (قوله وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم) أقول في هذا التفصيل الذي ذكره بقوله وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة استدراك بعد أن قال قبله معناه دية الرجل لان عشر دية المرأة هو نصف عشر دية الرجل في المقدار بل لا ريب ان قد تقرر فيما مر أن دية المرأة نصف دية الرجل فعشر ديتها نصف عشر دية الرجل لا محالة وقد نص عليه هنا بقوله وكل منهما خمسمائة درهم فافائدة هذا التفصيل الفارق بينا لذكر والانثى في مجرد العبارة وانما كان يظهر فائدته أن لو لم يفسر نصف عشر الدية الواقع في كلام القدوري بقوله معناه دية الرجل فانه كان يحتمل حينئذ نصف عشر دية الرجل ونصف عشر دية المرأة فيفيد التفصيل المذكور وعن هـ هذا فصل صاحب الكافي كما فصله المصنف ولم يتعرض قبله لتقييد عشر الدية بعشر دية الرجل (قوله والقياس أن لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحياته) قال في العناية وكثير من الشروح تبيها لما في الكتاب وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك انتهى أقول بردي على هذا البيان أنه انما يتم أن لو ثبت كون الغرة جزءا من فعل القتل وهو ممنوع لجواز أن يكون جزءا اتلاف عضو من الآدمي صالح للحياة كما يجب في اتلاف سائر أعضائه شيء من الدية على ما مر تفصيله والاظهر في البيان هنا ما ذكر في غاية البيان فانيا بقوله ولان الجنين في حكم الاعضاء بل لانه لا ياكل أرشه والاعضاء لو انفصلت بعد الموت لا تقوم انتهى نذر (قوله والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان قيل الظاهر أنه حي أو معد للحياة قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الاتصان الام ان تمكن اه ورد بعض الفضلاء قوله أو معد للحياة في تقرير السؤال حيث قال كونه معد للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر

وجه

أن الغرة مقدرة بدية الام بل بدية نفس الجنين أن لو كان حيا فيجب نصف

عشر دية ان كان ذكر او عشر دية ان كان أنثى فكذا في جنين الامة يجب بثلاث النسبة من قيمته لان كل ما كان هدرًا من دية الحر فهو مقدّر من قيمة العبد فيجب نصف عشر قيمته ان كان ذكر او عشر قيمته ان كان أنثى انتهى (قوله الا في محل هو حي) أقول أي هو حي يقينا (قوله قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق الخ) أقول كونه معد للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر والظاهر منع وجوب الضمان باعتبار الأعداد كما في العلقه ولذا لم تعتبر الأعداد في قصة زفر ومرادنا ضمان القتل والوجوب على المحرم في كسر بيض الصيد عرف بالأثر على خلاف القياس

(وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروي أو خمسمائة فتر كنا القياس بالآثر) روى الامام المحبوبي أن زفر سئل عن هذه المسئلة فقال فيه غرة عبد أو أمة فقال السائل ولم والحال لا يخلصون أنه مات بضربة أو لم تنفخ فيه الروح فان مات بضربة فجب دية كاملة وان لم تنفخ فيه الروح لا يجب شيء فسكت زفر فقال له السائل أعنتك سائبة فاجاز فر الى أبي يوسف فسأله عنه فأجابه أبو يوسف بمنزل ما أجاب زفر فاجبه بمنزل ما حاجه السائل فقال التعبد التعبد أي ثابت بالسنة من غير أن يدرك بالعقل وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان وقال في الذخيرة قوله وجه القياس كما ذكرنا آنفا ويحتمل أنه رجع من أحدهما الى الآخر والحديث المروي دليل واضح على أن الدية مقدرة بعشرة آلاف درهم قيل وانما بين الشارع القيمة اشارة الى أن الحيوان لا يثبت في الذمة نبونا صحيحا الامن (٣٣٥) حيث اعتبار صفة المبالية وقوله (اذا كان

خمسمائة درهم) قيل
قيده احتراماً عن جنين
الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ
خمسمائة ورد بان ما يجب
في جنين الامة هو في مال
الضارب مطلقاً من غير
تقييد بالبلوغ الى خمسمائة
على ما سيجيء وقيل لعله
وقع سهواً من الكاتب
وكان في الاصل اذ كان
خمسمائة تعليلاً لكونها
على العاقلة

وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروي أو خمسمائة فتر كنا القياس بالآثر وهو وجه على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي (وهي على العاقلة) عندنا اذا كانت خمسمائة درهم

انتهى أقول ايمس بسديد فان تيقن كونه معداً للحياة ممنوع لجواز أن يفسد الماء في الرحم حينئذ ينتفي استعداده للحياة ولقد أشار اليه في النهاية حيث قال نقلاً عن المبسوط ثم للماء في الرحم ما لم يفسد فهو معد للحياة فيجعل كل شيء في إيجاب ذلك الضمان بانلافه كما يجعل بيض الصبي في حق المحرم كالصبي في إيجاب الجزاء عليه بكسر ما انتهى تبصر (قوله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم) اعلم أن الناظرين في هذا المقام يحجروا في توجيه هذا القيد أعني قوله اذا كانت خمسمائة درهم فقال صاحب النهاية قيد بمسألة احتراماً عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة درهم كذا وجدت بخط شيخنا لكن هذا لا يتضح لي لان ما وجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة درهم على ما يجيء الى هنا كلامه وسائر الشراح أيضاً ذكروا التوجيه الذي نقله صاحب النهاية عن خط شيخه وردوه بما رده به صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وقوله اذا كانت خمسمائة كانه سهواً والقلم وينبغي أن يكون اذ يسكون الذال بلا ألف بعد ما يعني أنها انما تجب على العاقلة لانها مقدرة بخمسمائة درهم والعاقلة تعقل خمسمائة ولا تعقل ما دونها انتهى وقد نقل صاحب العناية هذا التوجيه ولم يتعرض له رد بعد أن نقل التوجيه الاول مع رده حيث قال قيل قيده احتراماً عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة ورد بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يجيء وقيل لعله وقع سهواً من الكاتب وكان في الاصل اذ كان خمسمائة تعليلاً لكونها على العاقلة انتهى فكانه ارتضى التوجيه الثاني أقول التوجيه الثاني أيضاً مردود عندى اذ لا معنى لتعليل كونها على العاقلة بكونها خمسمائة درهم فانه ينتقض بما يجب في جنين الامة اذا بلغ خمسمائة درهم فانه على الضارب كما دونه لا على العاقلة كما صرحوا به آنفاً حيث قالوا ان ما وجب في جنين الامة فهو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة مع جريان التعليل المذكور فيه عند بلوغه الى خمسمائة درهم وينتقض بكل عدم سقط القصاص فيه بشبهة ووجب دية بالغة الى خمسمائة درهم أيضاً فيما فوقها فان مثل ذلك كله في مال

(قوله فقال له السائل
أعنتك سائبة) أقول كانوا
في الجاهلية اذا اعتقوا
على أن لا ولاء للعقيق قالوا
أعنته سائبة او هو من سبب
الماء أي جريه وسبب الدابة
اهمالها (قوله وهذا دليل
على أن قول زفر هو وجه
الاستحسان) أقول أي
الوجه الثابت بالاستحسان
(قوله وقال في الذخيرة قوله
وجه القياس) أقول أي

الوجه الثابت بالقياس (قوله قيل قيده احتراماً عن جنين الامة) أقول ولعل الاول أن يقال احتراماً عنه فان ما يجب فيه ليس مقدراً بخمسمائة ومعنى قوله اذا كانت خمسمائة اذا كانت مقدرة فيها صراحة (قوله اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة) أقول قوله لا تبلغ خمسمائة يعني بأن لا يكون من مولاها ولا من المغرور فتأمل (قوله من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة) أقول المضاف مقدر أي بعد البلوغ ثم أقول عدم بلوغ ما يجب في الجنين الى خمسمائة من الامور المقسرة الطاهرة اذ لم تكن من المولى ولا من المغرور فلا حاجة الى التقييد (قوله وكان في الاصل اذ كان خمسمائة) أقول قوله اذ يسكون الذال بلا ألف (قوله لكونها على العاقلة) أقول مقتضى هذا التعليل أن يجب ضمان جنين الامة على العاقلة اذا بلغت قيمته دية الرجل فالخلص ما ذكرنا من ملاحظة التقدير شرعاً

وقوله (في ماله) أي في مال الضارب (لأنه بدل (٣٣٦) الجزء) أي جزء الأذى فصار كقطع أصبع من أصابعه وقوله (دوه) أي

أدوا دينة أمر لمخاطب من
الودي وهذا الحديث حديث
جل بن مالك بالحاء المهملة
والميم المفتوحين قال كنت
بين جارينين في فضررت
أحدهما بطن صاحبها
بعمود فسقط أو عسقط
خيمة فالتفت جنيينا ميتا
فاختصم أولياؤها إلى
رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال عليه السلام
لا ولياء الضارب دوه فقال
أخوها أندي من لا صاح
ولا استهل ولا شرب ولا
أكل ومنله دمه بطل فقال
عليه السلام أسجع كسجع
الكهان وفي رواية دعني
وأراجيز العرب قوموا فدوه
الحديث ففيه التنصيص
على إيجاب الدية على العاقلة
وقوله (الأن العواقل)
جواب عما يقال الحديث
بدل على أن الدية على العاقلة
قليلة كانت أو كثيرة وأنتم
قدتم بقولكم إذا كانت
خمسائة درهم وقد
علمت ما يرد عليه من النظر
(قال المصنف حيث قال
دوه) أقول يجوز أن
يقول تعليلا لقوله قضى
الح أو لقوله سماء دية والثاني
أقرب ويستفاد تعليل
الاول منه أيضا (قوله أو
بسط خيمة) أقول أي
عود من عودان الخباء
(قوله فقال أخوها أندي
من لا صاح ولا استهل)

وقال مالك في ماله لأنه بدل الجزء ولنا أنه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولأنه بدل النفس ولهذا
سماء عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا أندي من لا صاح ولا استهل الحديث إلا أن العواقل لا تعقل
مادون خمسائة (وتجب في سنة) وقال الشافعي رحمه الله في ثلاث سنين لأنه بدل النفس ولهذا
يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روى عن محمد بن الحسن رحمه الله أنه قال بلغنا أن رسول الله عليه
السلام جعله على العاقلة في سنة

القاتل كما مر في الفصل السابق مع جريان التعديل المذكور فيه أيضا ثم أقول هنا توجيه آخر لم يذكره
السراح وهو أن يكون القيد المذكور للاحتراز عن جنين الأمة مطلقا بأن يكون معناه إذا كانت
خمسائة درهم على البتة بتقدير الشرع ذلك القدر المعين وهذا انما يكون في جنين الحرة فإن الواجب
في جنين الأمة نصف عشرين قيمته لو كان حيا إن كان ذكرا وعشرين قيمته حيا إن كان أنثى من غير تعيين قدر
معين من العدد فضلا عن أن تبلغ خمسائة فينشد بحصل المرام من غير كلفة كما ترى (قوله وقال مالك
في ماله لأنه بدل الجزء) أقول في تعليقه نظرا لأن مجرد كونه بدل الجزء لا يقتضي كونه في مال الجاني بل لا بد
من أن يكون البديل أقل من خمسائة درهم والبديل فيما نحن فيه تمام خمسائة درهم وقد مر قبيل
هذا الفصل أن عمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جنابة موجبة لخمسائة
فصاعدا ويمكن أن يقال إن مذهب مالك أن لا يجب بدل الجزء على العاقلة فيما إذا كان أقل من ثلث
الدية كما صرحوا به وما نحن فيه كذلك فيكون هذا التعليل من قبيل ذلك ولكنه من باب رد المختلف
على المختلف تأمل تنف (قوله ولأنه بدل النفس) ولهذا سماء عليه السلام دية حيث قال دوه) أقول
في الاستدلال على أنه بدل النفس بتسمية النبي عليه السلام دية بحيث فاته عليه السلام سمي كثيرا
من بدل الأعضاء والأجزاء دية ألا يرى إلى ما مر في فصل فيما دون النفس أن سعيد بن المسيب رضي
الله عنه روى أن النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا
كتب لعمر بن حزم رضي الله عنه وكتب له أيضا وفي العينين الدية وفي أحدهما نصف الدية إلى غير ذلك
فليتأمل في الدفع (قوله إلا أن العواقل لا تعقل مادون خمسائة) قال صاحب الغاية قول المصنف هذا
يتعلق بقوله وهي على العاقلة عندنا إذا كانت خمسائة وكانه يقول إذا كانت الغرة أقل من خمسائة
درهم لا تعقله العاقلة ولنا فيه نظرا لأن جنين الأمة لا وجوب على العاقلة أصلا لأن الواجب في
جنين الأمة على الضارب مطلقا انتهى أقول نظره ساقط لأن قول المصنف إلا أن العواقل لا تعقل
مادون خمسائة انما يدل على أنها تعقل خمسائة فصاعدا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر
عندنا ولئن سلمنا اعتباره عندنا أيضا في الروايات ففهوم قوله المذكور أنها تعقل خمسائة فصاعدا
في الجملة لأنها تعقلها في كل مادة حتى يرد النقص بالواجب في جنين الأمة إذا بلغ خمسائة حيث يكون
على الضارب لا على العاقلة وقال صاحب الغاية قول المصنف إلا أن العواقل لا تعقل مادون خمسائة
جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة وأنتم قدتم بقولكم إذا
كانت خمسائة وقد علمت ما يرد عليه من النظر انتهى أقول الظاهر أن مراده بما يرد عليه من
النظر ما ذكره فيما مر بقوله ورد بأن ما يجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد
بالبلوغ إلى خمسائة الا أنك علمت سقوطه أيضا بما بيناه في سقوط نظر صاحب غاية البيان أنفا ثم أقول
في تقرير مراد المصنف هنا خلل إذا لايتم حينئذ السؤال ولا الجواب أما الاقل فلان مدلول الحديث
المذكور قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية جنين الحرة على العاقلة ودينه تبلغ خمسائة درهم
بالاجماع فمن أين يدل الحديث على أن الدية لو كانت قليلة لم يجب لم تبلغ خمسائة درهم تكون أيضا

وقوله (لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل ~~أكثر~~ من نصف العشر) هو الصحيح من النسخ وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها
وأكثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان
أكثر صفة لأقل أو بدلا منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضا وفي بعض الشروح أن تقييده بالاكثير ليس يفيد لانه لو كان نصف
العشر كان الحكم كذلك وقوله (بخلاف أجزاء الدية لان كل جزء منها (٣٢٧) على من وجب يجب في ثلاث سنين)

ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا
بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث
الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف أجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب
يجب في ثلاث سنين (ويستوي فيه الذكروالانثى) لاطلاق مارويته ولان في الجنين انما يظهر
التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر عقدا وواحد وهو خمسمائة (فان ألقته
حياتم مات فقيه دية كاملة) لانه ألتف حيا بالضرب السابق (وان ألقته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية
بقتل الام وغرة بالقائها) وقد صرح أنه عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة (وان ماتت الام من
الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حياتم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين) لانه قاتل شخصين
(وان ماتت ثم ألت ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين) وقال الشافعي يجب الغرة في الجنين لان
الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا ألقته ميتا وهي حية

على العاقلة حتى يتوجه أن يقال انه ينافي تقييدكم بقولكم اذا كانت خمسمائة درهم وأما الثاني فلان
الحديث المذكور لو دل على أن الدية سواء كانت أقل من خمسمائة أو أكثر منها على العاقلة لما صلم مجرد
قول المصنف الآن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة لان يكون معمولابه في مقابلة ذلك الحديث دون
بيان نص يشهد بذلك حتى يصلح للجواب عما ذكره كما قرره (قوله ولانه ان كان بدل النفس من حيث
انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث
وبالثاني في حق التأجيل الى سنة) أقول لقائل أن يقول لم يعكس الامر أي لم يعمل في حق التأجيل
بالشبه الاول وفي حق التوريث بالشبه الثاني وما لم يبين وجه ذلك لا يتم المطلوب ههنا والظاهر في تقرير
التعليل ههنا ما ذكر في الكافي أخذ من المبسوط حيث قال ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس
مودعة في الام حتى يفصل عنها حية فالجناية عليه قبل الانفصال تعتبر بالجناية عليه بعد الانفصال
فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فلا يثبت من التأجيل الا القدر المتيقن انتهى تدبر تفهم
(قوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة) قال صاحب
النهاية هذا هو الصحيح من لفظ الكتاب وقوله أكثر بدون الواو بدل من أقل أي اذا كان ذلك الأقل أكثر من
نصف العشر وفي بعض النسخ أو أكثر وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها أو أكثر
انتهى كلامه وتبعه جماعة من الشراح وقال صاحب العناية قوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية
أو أقل أكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها أو أكثر
الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر وهو انما
يكون اذا كان الاكثر صفة لأقل أو بدلا منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك الى هنا لفظه أقول فيه
شيء وهو أن بين قوله ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضا وبين قوله هو الصحيح من النسخ بقصر الصحة
على الاول تدافعا لا يخفى اللهم الا أن يكون مراده قصر الصحة على الاول من الرواية لا من حيث

حال حياة الأم ومات الجنين أو على العكس والاقسام مع أحكامها مذكورة في الكتاب

(قوله وفي بعض الشروح أن تقييده بالاكثير ليس يفيد الخ) أقول يعني غاية البيان وأجاب في الكفاية بأنه لما كان أكثر من نصف العشر
مؤجلا الى سنة فالأولى أن يكون نصف العشر مؤجلا بها (قوله صورته أن يشترك عشرون رجلا في قتل رجل خطأ) أقول فيه أن
الاولى أن يقول مثلا اذا اشترك الخ

وقوله (فلا يجب الضمان بالشك) اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا ألفت جنينا ميتا لاحتمال أن يكون الموت من الضرب واحتمال أنه لم ينفع فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر في هذا الفصل وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس مانحن فيه في معناه لأن فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفع الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك لاقياسا ولا دلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان قال (وما يجب في الجنين موروثة عنه) كلامه واضح وقوله (وفي جنين الأمة الخ) يعني جنين الأمة إذا كان ذكر أو لم يكن الحمل من المولى (٣٢٨) ولأن المغرور نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان

أنى وطريق ذلك أن يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيبته لو كان حيا فينظر كم قيمته ويجب نصف عشر ذلك إن كان ذكرا وعشره إن كان أنثى وانما قيدنا بكون الحمل من غير المولى والمغرور لأنه لو كان منهما لمزمت الغرة لكونه حرا فلو ضاع الجنين ووقع النزاع في القيمة فالقول للضارب لا تنكاه الزيادة وإن تعذر الوقوف على ذكره وأثرتة نأخذ بالمتيقن

(قال المصنف فلا يجب الضمان بالشك) أقول وفيه أن التسبب للموت يوجب الضمان أيضا فينبغي أن يجب وجوبه أن إيجاب الغرة ثبت بالحديث على خلاف القياس فإن حياته مشكوكة وهذا ليس في معناه حتى يلحق به

ولنا أن موت الأم أحد سببي موته لأنه يمتنع بموتها إذ تنفسه بنفسه فلا يجب الضمان بالشك قال (وما يجب في الجنين موروثة عنه) لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته (ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته) فألفت ابنه ميتا فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها) لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراثا للقاتل قال (وفي جنين الأمة إذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى) وقال الشافعي فيه عشر قيمة الأم لأنه جزء من وجهه وضمان الأجزاء يؤخذ بمقدارها من الأصل

سداد المعنى حينئذ يدفع التدافع وقال صاحب الغاية وقوله أكثر بدون الواو والعاطفة في أوله على أنه صفة لقوله أقل أي إذا كان بدل العضو ثلث الدية أو كان أقل من ثلث الدية وكان ذلك الأقل أكثر من نصف عشر الدية يجب في سنة واحدة ولكن لنا في التقييد بالاكثر نظرا لأنه إذا لم يكن أكثر من نصف عشر الدية بل كان قدر نصف عشر الدية إلى ثلثها يجب في سنة انتهى ونقل صاحب العناية مضمون نظره ولم يتعرض للجواب عنه حيث قال وفي بعض الشروح أن تقييده بالاكثر ليس بعفيد لأنه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك انتهى فكأنه ارتضاه وأشار صاحب الكفاية إلى الجواب عنه حيث قال بعد تصحيح النسخة الأولى لكن التقريب انما يتأتى أن لو كان نصف العشر واجبا في سنة لأن الغرة مقدرة بنصف العشر ولم يتعرض له لأنه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلا بسنة فأولى أن يكون نصف العشر مؤجلا بها انتهى أقول فيه نظرا لأن سلم أنه إذا كان ما هو أكثر من نصف العشر مؤجلا بسنة فأولى أن يكون نصف العشر أيضا مؤجلا بسنة لجواز أن يكون نصف العشر غير مؤجل أصلا كأقل من نصف العشر أو يكون مؤجلا بأقل من سنة وبذلك لا يتم التقريب كما لا يخفى (قوله ولنا أن موت الأم أحد سببي موته لأنه يمتنع بموتها إذ تنفسه بنفسه) فلا يجب الضمان بالشك) اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا ألفت جنينا ميتا لاحتمال أن يكون الموت من الضرب واحتمال أنه لم ينفع فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر في هذا الفصل وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس مانحن فيه في معناه لأن فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفع الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك لاقياسا ولا دلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان كذا في العناية أخذا من النهاية وأورد بعض الفضلاء على هذا الجواب

ولنا

لكثرة الاحتمالات هناك أن تقول قوله عليه الصلاة

والسلام في الجنين غرة عام فلا بد للتخصيص من دليل فليست أمهل يمكن التخصيص بالمباشرة بأن يقال المراد في قتل الجنين على حذف المضاف والقيل انما يستند حقيقة إلى المباشرة (قوله وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرناه الخ) أقول لقائل أن يقول النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام في الجنين غرة يشمله فلا حاجة إلى الإلتحاق (قال المصنف) وفي جنين الأمة إذا كان ذكرا نصف عشر قيمته) أقول قال الكاكي أي إذا كانت حاملا من زوجها لا من مولاهما لكون الولد رفيقا ولأن مغرور لانه لو كان الحمل من مولاهما ومن المغرور يجب الغرة ذكرا كان أو أنثى انتهى فلو قال المصنف وفي الجنين المملوك لكان أولى لعدم الاحتياج إلى هذا التقييد

قوله (لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان) يعني في الاصل ألا ترى أنه اذا قطع السن فثبت مكانه أخرى لم يجب حتى وهما بدل الجنين واجب وان لم يظهر في الام نقصان فدل على أن وجوبه باعتبار معنى النفسانية لا الجزئية (فيقدر بها) أي بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الام قوله (وقال أبو يوسف) هذا غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف قال في المبسوط ثم وجوب البديل في جنين الامة قول أبي حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول أبي يوسف وعنه في رواية أنه لا يجب الاتقصان الا ان تمكن فيها نقص وان لم يتمكن لا يجب شيء كافي جنين البهيمة وقوله (فنظرنا الى حالتي

(٣٢٩)

اعتبارا بحالة الضرب وأوجبتا قيمته حيا لا منكوكا في حياته اعتبارا بحالة التلف لا يقال هذا اعتبار بحالة الضرب فقط اذا الواجب في تلك الحالة أيضا قيمته حيا لجواز أن لا يكون حيا فلا تجب قيمته حيا هنالك بل تجب الغسرة وقوله (ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب) يعني تفاوت ما بينهما حتى لو كانت قيمته غير مضروب ألف درهم وقيمته مضروبا ثمانمائة يجب على الضارب مائتا درهم وقوله (على ما نذكر بيانه بعد هذا) يعني في جنابة المألول والجنابة عليه في مسألة من قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك وقوله (وقد عرفت في النفوس المطلقة) أي الكاملة بالنص فلا تتعداها الى غير المطلقة وهو الجنين لان القياس لا يجري في العقوبات وليس غير المطلقة تطير

ولنا أنه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال أبو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده ما على نذر ان شاء الله تعالى فصح الاعتبار على أصله قال (فان ضربت فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق) لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه بالضرب صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعناق فاطع للسراية على ما يأتيك بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا كفارة في الجنين) وعند الشافعي يجب لانه نفس من وجهه فوجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البديل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل له ويستغفر عما صنع (والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام) لا يطلق ما روينا ولانه ولد في حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولان به هذا القدر يتميز من العلقه والدم فكان نفسا والله أعلم

حيث قال لقائل أن يقول النص وهو قوله عليه السلام في الجنين غرة يشمله فلا حاجة الى الالحاق انتهى أقول هذا أمر عجيب من مثله فان مضمون اراده مع جوابه مذكور في شرح تاج الشريعة فان كان جوابه المذكور هنالك مقبولا عند هذا القائل فامعنى ذكر السؤال وترك الجواب وان لم يكن ذلك الجواب مقبولا عنده كان عليه بيان فساده فكانه لم ينظر الى ما في شرح تاج الشريعة هنا ولم يظفر بجواب اراده أصلا والذي ذكر في شرح تاج الشريعة هنا هكذا فان قلت عموم قوله عليه السلام في الجنين غرة عبد أو أمة يتناول المتنازع فيه قلت لا بد من اضممار فيصير كانه قال في اتلاف الجنين غرة والشك واقع في ذلك انتهى تأمل في تفصيل جوابه له سمعت صالح (قوله ولنا أنه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها) أقول لقائل أن يقول ان أراد أنه بدل نفسه من كل الوجوه كما هو الظاهر من سياق تعليقه يكون ما ذكره هنا ناقضا لما قاله فيما قبل من انه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام وان أراد أنه بدل نفسه من وجهه لا يكون هذا دليلا على مدعا ناداهما قاله الشافعي من أنه جرح من وجهه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل فليتأمل

(٤٣ - تكمله ثامن)

(قوله لجواز أن لا يكون حيا فلا تجب قيمته حيا هنالك بل تجب الغرة) أقول فيه أن الدفع أهمل من الرفع فيبعد أن لا يكون حيا وقت الضرب ثم لا يكون الضرب مانعا من حدوث الحياة ويكون بعد حدوثه رافعا له فليتأمل (قال المصنف ولان بهذا القدر يتميز من العلقه والدم فكان نفسا) أقول منقوض بالمضغة الا ان يراد التمييز التام الكامل

باب ما يحدث الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة ذكر أحكامه تسيباً والاول اولى بالتقديم امالانه قتل بلا واسطة وامالكثرة وقوعه قال (ومن أخرج الى الطريق الاعظم كنيفاً الخ) الكنيف المستراح والميزاب معروف والجر من قبل هو البرج وقال نخر الاسلام جذع يخرج من الانسان من الحائط ليبنى عليه والعرض بالضم الناحية قبل المراد به هنا ابعاد الناس منزلة أى أضعفهم وأرذلهم ووجه الكلام في هذه المسئلة في ثلاثة أشياء في اباحة العمل وفي الخصومة وفي ضمان ما يتلف به والمبدوء به في الكتاب الخصومة وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع الاعلى قول محمد فان فيه خلافاً بين العلماء قال أبو حنيفة لكل أحد من عرض الناس مسلماً كان أو ذمياً أن يمنع من الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن اذا أراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الاقتيات على رأى الامام فيما اليه تدبيره فلكل أحد أن ينكر عليه وبه قال أبو يوسف وقال محمد ايسر لاحد حق (٣٣٠) المنع اذا لم يكن فيه ضرر لانه مأذون في احداثه شرعاً فهو كما لو أذن له الامام

باب ما يحدث الرجل في الطريق

قال (ومن أخرج الى الطريق الاعظم كنيفاً أو ميزاباً أو جرصناً أو بنى دكاً فالتجمل من عرض الناس أن ينزعه) لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئاً فكذا في الحق المشترك قال (ويسع للذي عمله أن ينتفع به مالم يضر بالمسلمين) لان له حق المرور ولا ضرر فيه فليحلق ما في معناه به اذا لم يمنع متعنت فاذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال (وليس لاحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ أن يشرع كنيفاً أو ميزاباً الا باذنهم) لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف بغيرهم أو يضر بالاباذهم وفي الطريق النافذ التصرف الا اذا أضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكماً كي لا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقى على الشركة حقيقة وحكماً قال (واذا أشرع في الطريق روشناً أو ميزاباً ونحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلة) لانه مسبب لثلاثة متعدي بشغله هو الطريق وهذا من أسباب الضمان وهو الاصل

باب ما يحدث الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة شرع في بيان أحكامه تسيباً وقدم الاول لكونه أصلاً لانه قتل بلا واسطة ولكونه أكثر وقوعاً فكانت أسس حاجة الى معرفة أحكامه (قوله ويسع للذي عمله أن ينتفع به مالم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فليحلق ما في معناه اذا لم يمنع متعنت) أقول هذا المقام محل الكلام فان المدعى هنا هو اباحة الانتفاع بالامور المذكرة آنفاً للذي عملها مالم يضر بالمسلمين مسئلة متفق عليها بين الأئمة ودليله المذکور في الكتاب لا يتمشى الاعلى أصل محمد أما أولاً فلان قوله فليحلق به ما هو في معناه ايسر بنام على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله اذ قد صرح في الشروح وعامة المعبرات أن أصلهم أن لكل أحد من عرض الناس مسلماً كان أو ذمياً

وأما الخصومة في الرفع فالمد كور في الكتاب قول أبي حنيفة وقال ايسر لاحد ذلك أما على قول محمد فظاهر لانه جعل له كما مأذون من الامام فلا يرفعه أحد وأما أبو يوسف فانه يقول كان قبل الوضع لكل أحد يد فيه فالذي يحدث يريد أن يجعلها في يد نفسه خاصة فأما بعد الوضع فقد صار في يده فالذي يختص به يريد ابطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت وأما وجه قول أبي حنيفة فهو المذکور في الكتاب وقوله (ويسع للذي عمله) بيان الاباحة وهو ظاهر وقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام أى لا ابتداء ولا جزاء يعنى متعدياً عن مقدار حقه في الاقتصاص

لان الضرر بمعنى المضارة وهو أن تضر من ضررك وهذا الكلام فيما اذا كان الدرب نافذاً أو ما اذا كان غير نافذ فقوله وكذلك وليس لاحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ بيان لذلك والدرب الباب الواسع على السكة والمراد به السكة ههنا وقوله (لانها مملوكة لهم) يعنى في الغالب قال نخر الاسلام المراد بغير النافذة المملوكة وليس ذلك بعلم الملك فقد تنفذ وهي مملوكة وقد يسد منفذها وهي للعامة لكن ذلك دليل على الملك غالباً فقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه وقوله (على كل حال) أى سواء كانوا متلازقين أو لم يكونوا وقوله (واذا أشرع في الطريق روشناً) وهو الامر على العلوي بيان لوجوب الضمان

باب ما يحدث الرجل في الطريق

(قوله وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع) أقول يعنى ان الخصومة تارة تكون للنزع وتارة للمنع فالمصنف تعرض للاول دون الثاني (قوله بيان الاباحة وهو ظاهر) أقول فانه اذا وسعه الانتفاع به وسعه احداثه أيضاً (قال المصنف واذا أشرع في الطريق روشناً) أقول روشن هو الرف عن الأزهرى وعن الفاضل الصدر المعر على العلوي وهو مثل الرف كذا في المغرب وفي القاموس روشن السكة

وقوله (مما ذكرنا في أول الباب) يعني الكنيف والميزاب والجرحن وقوله (فالضمان على الذي أحدثه فيهما) يعني ضمانهما على المحدث ولا ضمان على الذي أثر به لأنه مدفوع في هذه الحالة والمدفوع كالألة (وقوله وان سقط الميزاب الخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه لأنه إما أن أصابه الطرف الداخل أو الخارج أو أصابه جميعا وعلم بذلك أولم يعلم أي الطرفين أصابه والجملة مذكورة في الكتاب بوجوهها وقوله (لأنه ليس بقاتل حقيقة) يعني أن الكفارة وحرام الأثر إنما يجبان بالقتل حقيقة وهذا ليس بقتل حقيقة والساوي الملك غيره كما في الرمي قيل إن كان قتل حقيقة فالقياس شمول (٣٣١) الوجوب في الضمان والكفارة والحرام

وان لم يكن فالقياس عدمه فيها والجواب أن الضمان يعتمد الاتلاف بطريق صيانة التعدي للدماء عن الهدر وقد تحقق باحداه في الطريق ما ليس له ذلك وأما الكفارة والحرامان فيعتدان القتل عدا أو خطأ ولم يوجد شيئا منهما وقوله (اعتبار الاحوال) يعني بعلم يقين أنه قتل الجراحة ولا يعلم أنه بأي الطرفين كان فان كان بالطرف الداخل فلا ضمان وان كان بالخارج فعليه الضمان فيجعل كانه حصل بالطرفين وقوله (ولو أشرع جناحا) ظاهر وقيل المشتري منعدا أيضا بترك الرفع مع امكانه شرعا وأجيب بان سبب ضمان القتل اما المباشرة أو التسيب ولم يوجد منه ذلك فصا ركن يمكن من رفع حجر عن الطريق ولم يفعل حتى عذب به انسان فانه لا ضمان لانه ليس بمباشر ولا متسبب واستشبه كل أيضا بالحائط المائل اذا تقدم انسان الى

وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب (وكذا اذا تعثر بنقضه انسان أو عطب به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فانا فالضمان على الذي أحدثه فيهما) لانه يصير كالمدافع اياه عليه (وان سقط الميزاب طرفان أصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه) لانه غير متعدي فيه لما انه وضعه في ملكه (وان أصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه فيه) لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه أن يركب في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو أصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب نصف الدية وهذا النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم أي طرف أصابه يضمن النصف (اعتبار الاحوال) ولو أشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فقتل كها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب (ولو وضع في الطريق حجرا فأحرق شيئا يضمنه) لانه متعدي فيه (ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم أحرق شيئا لا يضمنه) لتسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى اليها فجعل كباشرته

أن يمنع العامل من الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن اذا اراد الوضع بغير إذن الامام لان فيه الافتيات على رأي الامام فيما اليه تدبيره فلكل أحد أن ينكر عليه فظهر منه أن عمل ذلك والاتفاق به يشتمل على أمر منكر على أصلهما وهو الافتيات على رأي الامام فيما اليه تدبيره وان لم يضرب بالمسلمين فلم يتصور عندهما أن يكون ذلك في معنى المروءة الذي لا يشتمل على أمر منكر أصلا حتى يصح الحاق ذلك به وأما ثانيا فلان قوله اذا المانع متعنت ليس بنام أيضا على أصلهما فاطعنا اذا لوضح عندهما كون المانع متعنتا لما ذهبا الى جواز منعه شرعا وقد عرفت كون مذهبهما ذلك ودليلهما ما الذي أقاما عليه فتبصر (قوله وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب) قال الشراح يعني الكنيف والميزاب والجرحن أقول لعل قول المصنف هذا مستدرك لان ما مر أنفا من لفظ مختصر القدوري وهو قوله واذا أشرع في الطريق روشننا أو ميزابا أو نحو فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقبته كان متناولا لجميع ما ذكر في أول الباب أما للميزاب فصراحة كما ترى وأما للغير ذلك فبعموم قوله أو نحو فلاحاجة الى ما ذكره المصنف هنا بل لأوجه اللفظ وكذلك سيما بالنظر الى الميزاب تأمل (قوله وكذا اذا تعثر بنقضه انسان أو عطب به دابة) أقول فيه نوع تساهل لان جواب المسئلة السابقة وجوب الدية على العاقلة وفيما اذا عطب به دابة يجب ضمانها في ماله صرح به في الكافي وغيره وكلمة كذا تقتضي الاشتراك في الجواب وهو غير متحقق في قوله أو عطب به دابة اللهم الا أن يكون المراد بكلمة كذا هنا هو التشبيه والتشريك في مجرد وجوب الضمان لا في وجوبه على الوجه الخامس المذكور فيما سبق فيعم قوله اذا تعثر بنقضه

صاحبه بالنقض فلم ينفذ حتى باع الدار من غيره ثم أصاب انسانا فانه لا ضمان على البائع وان كان جانباً بتركه النقض بعد التقدم اليه والجواب أن ضرورة صاحب الحائط ضامنا بالتقدم اليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع وصيرورة مخرج الجناح بشغل هواطريق المسلمين تعديا ولم يزل بالبيع وقوله (ولو حركته) أي الجرح قيل فيه تلويح الى أن الريح ان هبت بشرها فأحرق شيئا وجب الضمان لان التعدي كان بوضع الحجر وهو باق في مكانه واليه ذهب بعض أصحابنا وقوله (وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه) هو اختيار شمس الأئمة السرخسي والاول أعني الاطلاق في عدم الضمان اختيار شمس الأئمة الحلواني وقوله (وقد أفضى اليها) أي الى عاقبته وهو الحرق بواسطة الريح (قوله يعني بعلم يقين أنه قتل الجراحة) أقول الظاهر أن يقول قتل الميزاب

قوله (ولو استأجر رب الدار الفعلة) القعلة جمع فاعل وهو على وجوه ان قال الخرج للفعلة أخر جوا جناحا على فناء دارى فان لم يبق ذلك ولم يعلم الفعلة غير ما قال ففعلوا فاسقط وأصاب شيئا قبل الفراغ من العمل أو بعده فالضمان عليهم ويرجعون به على الأمر قياسا واستحسانا لانه وجب بأمره فلهم أن يرجعوا به عليه كما لو استأجره ليدفع شاة ثم استحققت بعد الذبح فلا مستحق أن يضمن الذابح ويرجع به الذابح على الأمر وان قال أشرعوا جناحا على فناء دارى وأخبرهم أن لا حق له في ذلك أولم يخبرهم ففعلوا فاسقط وأتلف شيئا قبل الفراغ من العمل فعليه الضمان ولم يرجعوا به على الأمر (٣٣٣) قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس

(ولو استأجر رب الدار الفعلة لخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل انسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) لان التلف بفعلهم (وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار) وهذا لانه انقلب فعلهم قتيلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم ينسلم فعلهم اليه فاقصر عليهم (وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا)

انسان وقوله أو عطيت به دابة لكنه خلاف الظاهر من العبارة فهو عين التساهل (قوله ولو استأجر رب الدار الفعلة لخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل انسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم الخ) قال شيخ الاسلام هو على وجوه ان قال مخرج الجناح الاجراء ابنوا جناحا على فناء دارى فانه ملكي أولى حتى اشترع الجناح اليه من القديم ولم يعلم الفعلة بخلاف ما قاله ففعلوا ثم سقط فأصاب شيئا فالضمان عليهم ويرجعون بالضمان على الأمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده لما أن الضمان وجب على العامل بأمر الأمر فكان له أن يرجع به عليه كما لو استأجر غيره ليدفع له شاة ثم استحققت الشاة بعد الذبح فلا مستحق أن يضمن الذابح ويرجع به على الأمر لانه غرضه كذا هذا وان قال المستأجر الاجراء أشرعوا الى جناحا على فناء دارى وأخبرهم أنه ليس له حق اشترع الجناح أولم يخبرهم حتى بنوا جناحا بأمره ثم سقط فأتلف شيئا ان سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان على الاجراء ولم يرجعوا قياسا واستحسانا وان سقط بعد فراغهم من العمل فكذلك على جواب القياس لانه أمرهم بمالك مباشرة بنفسه وقد علموا بفساد الأمر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليدفع شاة جاره فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الأمر وكذا لو استأجرهم ليندوا بيننا في وسط الطريق ثم سقط فأتلف شيئا لم يرجعوا به على الأمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الأمر لان هذا الأمر صحيح من حيث ان فناء داره مملوك له من وجهه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة ولكنه غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الأمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملابهما واطهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من اظهاره قبل الفراغ لان الأمر انما يصح من حيث انه مملوك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل كذا ذكر جهور الشراح هنا أقول هذه الوجوه في هذه المسئلة بهذا التفصيل والبيان وان كان مما قاله شيخ الاسلام وارتضاه جهور الشراح لكنه مشكل عندي من وجوه الاول انهم قالوا في تعليل جواب القياس في الوجه الثاني والثالث من الوجوه التي ذكروها لانه أمرهم بمالك مباشرة بنفسه وقد علموا بفساد الأمر وهو انما يتم فيما اذا أخبرهم بأن ليس له حق في ذلك لا فيما اذا لم يخبرهم بذلك اذ لا علم لهم بفساد الأمر في هذه الصورة وقد سبق وما في وضع المسئلة في الوجه الثاني والثالث حيث قالوا وأخبرهم أنه ليس له حق اشترع الجناح من القديم

لانه أمرهم بمالك مباشرة بنفسه وقد علموا بفساد الأمر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليدفع له شاة جاره فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الأمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الأمر لان هذا الأمر صحيح من حيث انه فناء مملوك له من وجهه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الأمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملابهما واطهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من اظهاره قبل الفراغ لان الأمر انما يصح من حيث انه مملوك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل

(قوله وهو على وجوه ان قال الخرج الى آخر قوله وانما

تحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل) أقول لا يقال فرقي ما بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول فان ما في الكتاب لانه محله المباشرة ولهذا نجب الكفارة فلا فرق بين علم العلة وعدم علمهم بفساد الأمر في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا تنصور المباشرة بعده فيكون بالنسيب لانا نقول اشترع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا شبهه بذبح الشاة وسيجي من الشارح أيضا بعد (قال المصنف حتى وجب عليهم الكفارة) أقول قال الزيلعي بخلاف ما تقدم من المسائل من اشترع الجناح أو الميزاب أو الكنيف الى الطريق فقتل انسانا بسقوطه حيث لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الارث لانه نسيب وهما مباشرة انتهى فتأمل في الفرق بين هذه المسئلة وما تقدم

لانه صح الاستحجار حتى استحقوا الأجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحاً فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل
 بنفسه فلهذا يضمنه (وكذا اذا صب الماء في الطريق فغطب به انسان أو دابة وكذا اذا رش الماء
 أو ترويضاً) لانه منعذ فيه بالحق الضرر بالمارة (بمخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من
 أهلها أو قعداً ووضع مناعه) لان لكل واحد أن يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار
 المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيراً بحيث يتراق به عادة أما اذا رش ماء قليلاً كما هو المعتاد والظاهر أنه
 لا يتراق به عادة لا يضمن

أول خبرهم والثاني أنهم قالوا في بيان وجه الاستحسان في الوجه الثالث أن أمره غير صحيح من حيث
 ان قضاء داره غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه وجعلوا الضمان من هذه الحيثية على العامل قبل الفراغ
 من العمل مع أن مدخلية هذه الحيثية في فساد أمره فيما نحن فيه غير ظاهرة لانه لم يأمرهم ببيعهم ولم
 يفعلوا ذلك حتى يفسد أمره بذلك لكونه غير مملوك له من هذه الحيثية ويجب الضمان على الفعلة قبل
 الفراغ من العمل بل أمرهم بالانتفاع بذلك بأشراع الجناح اليه وفعلوا ذلك ولا شك أنه مملوك له من
 حيث الانتفاع به كما صرحوا به فكيف يفسد أمره من هذه الحيثية حتى يجب الضمان عليهم قبل
 الفراغ من العمل بناء على فساد الأمر والثالث أنهم قالوا في الوجه الأول الضمان على الإجراء ويرجعون
 به على الأمر قياساً واستحساناً سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده وقالوا في الوجه الثالث وفي
 الاستحسان يكون الضمان على الأمر والظاهر منه أن يكون الضمان في الوجه الثالث في جواب
 الاستحسان على الأمر ابتداء مع أن الفقه يقتضي أولوية كون الضمان في الوجه الأول أيضاً إذا
 كان السقوط بعد فراغهم من العمل على الأمر ابتداء لان الفعلة كإفادته مغرورين بقول الأمر أنه
 ملكي أولى حق ذلك الفعل من القديم بخلاف الوجه الثالث في الغرور مع الاشتراك بينهم في سائر الأمور
 كما ترى ثم أقول تقرير المصنف هذه المسئلة وتعليلها لا يوافق ما ذكره الشراح هنا من التفصيل
 المنقول عن شيخ الاسلام بل بأباه جداً قال المصنف جعل المسئلة على وجهين أحدهما السقوط قبل
 فراغهم من العمل والاخر السقوط بعد فراغهم منه وجعل حكم أحدهما مخالفاً لحكم الآخر مطلقاً
 وقال في تعليل الأول ان التلف كان بفعلهم وان فعلهم انقلب قتلاً حتى وجب عليهم الكفارة والقتل غير
 داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم الى رب الدار فاقصر عليهم ولا يخفى أن هذا التعليل يقتضي أن يكون
 الضمان عليهم وأن لا يرجعوا به على الأمر في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل مطلقاً أي في الوجه
 الأول أيضاً من الوجوه التي ذكرها الشراح نقلاً عن شيخ الاسلام وهو ما اذا أخبرهم الأمر بأن له حقاً
 في ذلك لأن فعلهم لما انقلب قتلاً وصار غير داخل في عقده الأمر ولم يتسلم اليه بل اقتصر عليهم كان
 اخباره لهم بأن له حقاً في ذلك وعدم اخباره لهم بذلك سيئ قطعاً ويقتضي أن لا يتم في صورة السقوط
 قبل الفراغ من العمل التعليل الذي ذكره لرجوعهم بالضمان على الأمر قياساً واستحساناً في الوجه
 الأول من الوجوه التي ذكرها سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده بقولهم لان الضمان وجب
 على العامل بأمر الأمر فكان له أن يرجع به عليهم فان فعلهم لما انقلب قتلاً في صورة السقوط قبل
 فراغهم من العمل صار مخالفاً للأمر الأمر خارجاً عن عقده فلم يكن بأمر الأمر فما كان وجوب الضمان
 عليهم بأمره بل كان بفعل أنفسهم وبقتضى أيضاً أن لا يتم تنظيرهم الوجه الأول بما لو استأجر غيره
 ليدفع شاة ثم استحققت بعد الذبح فلم يستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الأمر في صورة
 السقوط قبل الفراغ من العمل فان فعل الذابح هنالك لم ينقلب ما هو خارج عن العقد بل وقع على ما هو
 الداخل في العقد فاذا ضمن الذابح كان له حق الرجوع على الأمر بحكم التغير بخلاف ما نحن فيه في
 صورة السقوط قبل الفراغ من العمل كما عرفت آنفاً ان بعض الفضلاء قال ههنا لا يقال فرق بين

وقوله (لانه صح الاستحجار)
 يعني بالنظر الى أنه أن
 ينتفع بقضاء داره في النظر الى
 هذا كان أمره معتبراً ووقع
 فعلهم عمارة واصلاحاً
 فانتقل فعلهم اليه فكانه
 فعله بنفسه ولو فعله بنفسه
 بقيد بشرط السلامة
 لكونه غير مملوك له فكذلك
 اذا أمر به وقوله (بمخلاف
 ما اذا فعل ذلك) يعني الصب
 والرش والوضوء وقوله
 (كما في الدار المشتركة) يعني
 أنه أن يفعل فيها ما هو من
 ضرورات السكنى وهو
 اعتبار طق الملك بحقيقته

(ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش) لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجرد موضع المرور لأثر الماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذلك الحكم في الخسبة الموضوعة في الطريق في أخذها جميعه أو بعضه (ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمن ما عطب على الأمر استحسننا واذا استأجر أجير البني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فئات يجب الضمان على الأمر استحسننا ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير) لفساد الأمر قال (ومن حفر بئر في طريق المسلمين أو وضع حجرا فتلف بذلك انسان فدينه على عاقلته وان تلفت به بهيمة فضمنها في ماله) لانه متعدي فيه فيضمن ما يتولد منه غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاه التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخسبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعدي فانه ما أحدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع

وقوله (لانه صاحب علة) والعلة اذا صلت لاضافة الحكم اليها بطول غيرها وقوله (في فناء حانوته) قيل الفناء سعة أمام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما أعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب وقوله (فتعقل) أي تشبث وتعلق بالبناء وقوله (يجب الضمان على الأمر) لم يتعرض بان ذلك اذا علم الاجير أن الفناء لغير الأمر أو اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للإمام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أنه المستأجر حيث قال وان استأجر رجلا لحفره بئرا في الفناء فحفر ومات فيه انسان أو دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير أن الفناء لغيره فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الأمر قال (ومن حفر بئر في طريق المسلمين) كلامه واضح

ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول فان ما ذكر في الكتاب محله المباشرة ولهذا تحب الكفارة فلا فرق بين علم العلة وعدم علمهم بفساد الأمر في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا تتصور المباشرة بعده فيكون بالتسبب لا ناقول اشراع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا شبه بذبح الشاة وسجي من الشارح أيضا يعني صاحب العناية أقول جوابه ليس بسديد اذ لم يقل أحد بان اشراع الجناح مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ من العمل كيف ولو كان مباشرة بعده فلا يخلو من أن يكون مباشرة من الفعلة أو من الأمر ولو كان مباشرة من الفعلة لوجب عليهم الضمان والكفارة قطعاً كما في السقوط قبل الفراغ ولم يجب عليهم بعده شيء منهم ابل وجب الضمان على الأمر وهو رب الدار استحسننا كما ذكر في الكتاب ولو كان مباشرة من الأمر لوجب عليه الكفارة لا محالة ولم يقل به أحد والتشبيه بذبح الشاة انما وقع في صورة السقوط قبل الفراغ لافي صورة السقوط بعده والذي سجي من الشارح أيضا لا بد وأن يحمل على كون اشراع الجناح مباشرة في الصورة الاولى لافي الصورة الثانية وأما كون اشراع الجناح مباشرة مطلقا للقتل ما وان لم يكن مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ فبمعزل عما فيه الكلام وغير مفيد في دفع السؤال الذي ذكره كالايحقي (قوله ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش) أقول في تحرير المصنف هنا شيء وهو أن الظاهر من قوله فيما مر أن نفاو كذا اذا رش الماء بعد قوله وكذا اذا صب الماء أن مسئلة رش الماء تغاير مسئلة صب الماء وقد ذكرنا الصب في أصل المسئلة حيث قال ولو تعمد المرور في موضع صب الماء وذكر الراش في جواب المسئلة ويمكن أن يعتد بذكره بأنه انما فعل هكذا اعماء الى اتحاد مسئلتى الصب والرش في هذا الحكم مع الاعتماد الى العلم بغايرتهم ما مما ذكره من قبل (قوله واذا استأجر أجير البني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فئات يجب الضمان على الأمر استحسننا) قال في العناية لم يتعرض المصنف بان ذلك اذا علم الاجير أن الفناء لغير الأمر أو اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للإمام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أنه المستأجر حيث قال وان استأجر رجلا لحفره بئرا في الفناء فحفر ومات فيه انسان أو دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير أن الفناء لغيره فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الأمر انتهى أقول ما ذكره الامام المحبوبي في جامعه وان دل على أن الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أن الفناء للمستأجر الا أنه يدل باطلا فقه على أن الجواب في موت انسان فيه بعد فراغ الاجير من العمل وقبله سواء والذي ذكر في الكتاب مقيد بكون موته بعد تعقله به بعد

والبالوعة نقب في وسط البيت وكذلك البلوعة وذ كر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام والافتيات الاستبداد بالارأى
افتعال من الفوت وهو السبق وقوله (وكذا الجواب على هذا (٣٣٥) التفصيل) يعني انه لو فعله بأمر من له

الولاية في الامر لم يضمنه ولو
فعل بنفسه من غير أمر
أحد ضمنه وقوله (مما
ذكرناه) يعني من أول
الباب الى هنا من اخراج
الكنيف والميزاب والحرص
وبناء الدكان واشراع
الروشن وحفر البئر وقوله
(وغیره) یعنی ما لم يذكره
في الكتاب كبناء النطلة
وغرس الشجر ورمي النج
والجلوس للبيع وقوله
(وكذلك ان حفره في ملكه
لا يضمن) یعنی كما اذا أمره
الامام حفر في طريق
المسلمين لم يضمن ما تلف به
كذلك اذا حفره في ملكه
وان لم يأذن له الامام وقوله
(وكذلك اذا حفره في فناء
داره) یعنی وان لم يكن
الفناء ملكه وقبل جازله
ذلك اذا كان الفناء مملوكا
له او كان له حق الحفر بان
لا يضر لاحد أو اذن له
الامام اما اذا لم يكن كذلك
فانه يضمن

(قوله والبالوعة نقب في
وسط البيت وكذلك البلوعة)
أقول وهذا المعنى لا يلائم
المقام (قال المصنف فان
أمره السلطان بذلك أو
أجبره عليه لا يضمن)
أقول الأمر من السلطان
أكره فقوله أو أجبره
كالعطف التفسيري واذا

الكناسة في الطريق وتعقل بها انسان كان ضامنا لتعديده بشغله (ولو وضع حجرا فتحاه غيره عن موضعه
فعطب به انسان فالضمان على الذي فتحاه) لان حكم فعله قد انتسخ افراغ ماشغله وانما اشتغل بالفعل
الثاني موضع آخر (وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان أمره السلطان بذلك
أو أجبره عليه لم يضمن) لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة (وان
كان بغير أمره فهو متعد) اما بالتصرف في حق غيره أو بالافتيات على رأى الامام أو هو مباح مقيد
بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره
لان المعنى لا يختلف (وكذا ان حفره في ملكه لا يضمن) لانه غير متعد (وكذا اذا حفره في فناء
داره) لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه

فراغ الاجر ولم يتعرض له الشارح أيضا تبصر (قوله وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل
في الطريق فان أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن) قال بعض الفضلاء الأمر من السلطان
أكره فقوله أو أجبره كالعطف التفسيري اه أقول ليس هذا بسد لان كون مجرد الأمر من السلطان
أكره ليس بقول مختار سيما عند محمد رحمه الله كما نص عليه في السير الكبير حيث قال ان مجرد أمر
الامام ليس بأكره فإن يكون قوله في الجامع الصغير أو أجبره عليه بعد قوله فان أمره السلطان
بذلك مبنيا على ذلك ولئن سلم أن كونه ~~أكره~~ أقول مختارا فالظاهر أن الأمر هنا كناية عن الاذن
لاستلزام الأمر الاذن وعطف أجبر عليه قرينة على ذلك وعن هذا قال في غاية البيان في تعليل هذه
المسئلة وذلك لان للامام ولاية عامة فلا يضمن ما فعله بأذن الامام وقال في العناية وذ كر رواية الجامع
الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام انتهى ولا شك أن مجرد اذن السلطان فيما نحن فيه يدفع الضمان
عن الفاعل صرح به في عامة المعبرات فيكون قوله أو أجبره عليه مسئلة أخرى لا محالة وأما كون
قوله أو أجبره عليه عطفا تفسيرا فاما لوجه له لان العطف التفسيري لم يسمع في كلمة أو ومعناها أيضا
لا يساعده ذلك وانما شاع ذلك في كلمة الواو ولما ساعدة معناها ياء ولكن بقي لنا شيء في قول محمد أو أجبره
عليه بعد قوله فان أمره السلطان بذلك وهو أنه اذا علم عدم ضمان الفاعل فيما اذا أمره السلطان
بما فعله يعلم عدم ضمانه قطعا فيما اذا أجبره عليه فافائدة ذكر قوله أو أجبره عليه بعد قوله فان أمره
السلطان بذلك نعم لو قال فان أجبره السلطان على ذلك أو أمر به لكان له حسن لكون الثاني من
قبيل الاسترق تأمل تفهم (قوله وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة
مما ذكرناه وغيره) قال عامة الشراح أراد بقوله مما ذكرناه ما ذكره من أول الباب الى هنا من اخراج
الكنيف والميزاب أو والحرص الى الطريق وبناء الدكان فيه واشراع الروشن وحفر البئر وزاد
صاحب الغاية ووضع الحجر وقالوا أراد بقوله وغيره غير ما ذكر في الكتاب كبناء النطلة وغرس الشجر
ورمي النج والجلوس للبيع أقول ومما ذكره من أول الباب الى هنا صلب الماء في الطريق وكذا رش الماء
أو التوضي فيه وكذا وضع الخشبة فيه ولم يذكر أحد من الشراح شيئا من ذلك مع التزامهم بالبيان
والتفصيل حتى ذكروا جميع ما وقع في الباب قبل ما ذكره وما بعده وأن زعموا أن الجواب فيما ذكره
خلاف الجواب فيما ذكره كان عليهم البيان والنقل ثم انهم جعلوا بناء النطلة من غير ما ذكر في
الكتاب مع انه قد ذكر في الكتاب حيث قال ولو استأجر رب الدار الفعلة لاجراج الجناح أو النطلة فوقع
وقتل انسانا الخ ويمكن أن يعتذر عن الثاني بأن الكلام هنا فيما فعل في طريق العامة وقد جعل
الشراح مسئلة استخار الفعلة لاجراج الجناح أو النطلة المذكورة في الكتاب فيما مر على ما فعل في فناء
الدار لا في طريق العامة فلم يجعلوها مما نحن فيه هنا وأرادوا ببناء النطلة الذي عدوه من غير ما ذكر في

اذن ولم يأمر ينبغي أن لا يكون متعديا ذلا فتيات

وقوله (هذا) يعني هذا الجواب وهو أن يضمن إذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركا إذا كان في سكة غير نافذة صحيح وقوله (ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعاً أو غماً) أي اختفاً بالعفونة قال في الصحاح يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة الحر وكلامه واضح ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة أنه مرجوح على عادة من يؤخر الراجح فإن الفقه معه ألا ترى أنه لو حبس رجلاً في بئر حتى مات غماً فإنه لا ضمان عليه بخلاف (٣٣٦) ما لو مات فيه من الوقوع لأن أثر فعله وهو العمق أثر في نفس الواقع فلا بد من أثر

الوقوع لوجوب الضمان وقوله (وان استأجر أجراً فحفر وهاله في غير فئانه) يعني بان كان الفناء للغير أو طريقاً للعامة لكنه غير مشهور فاما أن يعلموا أنها في غير فئانه أولاً فان كان الثاني فأنضمان على المستأجر ولا شيء على الأجراء لان الاجارة صحت ظاهراً اذا لم يعلموا فقل فعلمهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا أمر آخر بذيبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره إلا أن هناك يضمن المأمور ويرجع على الأمر لان الذابح مباشر والأمر مسبب والرجوع للبائنة فيضمن المأمور ويرجع المغرور وهما يجب الضمان على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجر

وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكاً أو كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح (ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعاً أو غماً لا ضمان على الحافر) عند أبي حنيفة رحمه الله لانه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف الى الحفر والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال أبو يوسف رحمه الله ان مات جوعاً فكذلك وان مات غماً فالخافر ضامن لانه لا سبب للغم سوى الوقوع أما الجوع فلا يختص بالبئر وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لو لم يكن الطعام قريباً منه قال (وان استأجر أجراً فحفر وهاله في غير فئانه فذلك على المستأجر ولا شيء على الأجراء ان لم يعلموا أنها في غير فئانه) لان الاجارة صحت ظاهراً اذا لم يعلموا فقل فعلمهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا أمر آخر بذيبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره إلا أن هناك يضمن المأمور ويرجع على الأمر لان الذابح مباشر والأمر مسبب والرجوع للبائنة فيضمن المأمور ويرجع المغرور وهما يجب الضمان على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجر

الكتاب بناءه في طريق العامة أو انهم حملوا المراد بما فعل في طريق العامة في قوله في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره على ما فعله الانسان بنفسه دون ما استأجر الغير لفعله فلم يعدوا ما استأجر رب الدار لفعله لاخراج الظلة مما نحن فيه هنا وأرادوا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في الكتاب بناءه بنفسه لكن الظاهر أن الجواب على التفصيل المذکور هو أنه لو فعله بأمر السلطان لم يضمن ولو فعله بغير أمره ضمن متمشياً بما فعل في فناء الدار أيضاً وبما فعل باستئجار الغير لفعله أيضاً لا فائدة في التخصيص بل لا وجه له تنكير (قوله وكذا اذا حفره في فناء داره) يعني وان لم يكن البناء ملكه كذا في العناية وغيرها أقول يرد عليه أنه ينافي ما ذكر فيما مر من المسئلة المقررة المجمع عليها وهو قوله وإذا استأجر أجراً ليبنى له في فناء حائونه فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الأمر استحضاراً فاقبل (قوله وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكاً أو كان له حق الحفر فيه) قال جمهور السراخ في تفسير قوله أو كان له حق الحفر فيه بأن كان لا يضرب بأحد وأذن له الامام في ذلك أقول في كل من وجهي نفسه يبرهم خلل أما في الأول فلأن قول المصنف أما اذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً بالخ ياباه جداً فان عدم الضرر لا حد قد يتحقق في صورة كونه لجماعة المسلمين أو مشتركاً أيضاً وقد جعل الحكم فيها خلاف ما اذا كان له حق الحفر فيه وأما في الثاني فلا نه اذا أذن له الامام يجوز له التصرف في طريق العامة أيضاً فلا يضمن ما عطف فيه كما مر آنفاً ولا شك أن مراد المصنف بقوله بعد بيان ذلك وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن وكذلك اذا حفره في فناء داره هو أن الخافر لا يضمن في هاتين الصورتين بدون اذن الامام أيضاً وعن هذا قال السراخ في شرح قوله وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن يعني كما اذا أذن له حفره في طريق المسلمين لم يضمن كذلك ان حفره في ملكه بلا اذن الامام لم يضمن فلامعنى لجل ما قيل في مسئلة الحفر في فناء داره التي جوابها عدم الضمان بدون اذن الامام أيضاً على التقييد باذن الامام كما لا يخفى وقال صاحب الغاية في شرح هذا المقام وقيل انما يكون له أن يحفر في فناء داره اذا كان الفناء مملوكاً أو كان بحيث

(قوله ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول أي من تقديم دليل قوله رحمه الله (قال المصنف وقال أبو يوسف ان مات جوعاً فكذلك) أقول ما ذكر في الكتاب غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف ومحمد رحمه الله وأما في ظاهر الرواية فلا يجب الضمان قاله العلامة الاتقاني نقلاً عن الاسيبي فإلى أولى وعن أبي يوسف وعن محمد رحمه الله

غير متعد والمستأجر متعد في جميع جانبه وان كان الأول فالضمان على الاجراء لعدم صحة الامر بما ليس بمملوك له فلا ينقل فعلهم اليه وليسوا بغير رورين فينتفي الضمان عنهم فبقى الفعل مضافا اليهم وفي عبارته تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا تحتاج الى كون المأمور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا وطواب بالفرق بين هذه المسئلة وبين الامر باشرع الجناح فان الاجراء هناك اذ لم يعلموا (٣٣٧) ضمنوا وجعوا على الامر وههنا لم يضمنوا

أصلا والجواب ما أشار اليه المصنف في ذبح شاة غيره بأن الداج مباشر والا امر مسبب وقد تقدم أن اشراع الجناح كذبح الشاة اذا ظهر استحقاها (وان قال لهم هذا افتائي) ظاهرا وقوله (فكان الامر بالخفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى

ما ذكرنا) يعني قوله لا نطلق يده في التصرف الخ فان قيل قوله ليس لي فيه حق الخفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته أجيب بان قوله ليس لي فيه حق الخفر يحتمل أن يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة قال (ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام) كلامه واضح

(قوله وفي عبارته تسامح الخ) أقول لا تسامح اذا المراد أنه لا يصح امره حقيقة لانتفاء الملك في المأمور به ولا ظاهرا لعدم الغرور بقوله لان صحة الامر لا تحتاج الخ ان أراد صحة الامر حقيقة فغير مسلم وقد دل

غير متعد والمستأجر متعد في جميع جانبه (وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء) لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقى الفعل مضافا اليهم (وان قال لهم هذا افتائي وليس لي فيه حق الخفر) فخر وادوات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فاغروهم (وفي الاستحسان الضمان على المستأجر) لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا لانه لا نطلق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالخفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فبقى ذلك لنقل الفعل اليه قال (ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعبد رجل المرور عليها فغضب فلا ضمان على الذي عمل القنطرة وكذلك اذا وضع خشبة في الطريق فتعبد رجل المرور عليها)

لا يلحق الضرر بغيره لانه اذا لم يلحق الضرر بغيره يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي أما اذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة يجب الضمان لوجود التعدي انتهى أقول قد زاد ذلك الشارح نغمة في الظهور من جهة الفساد حيث شرح قوله أو كان له حق الخفر فيه بان حال أو كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره فاشترك مع جمهور الشراح في أن يرد عليه ما يرد على الوجه الاول من وجهي تفسيرهم كما بيناه من قبل وقال في تعديل ذلك لانه اذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي ويرد عليه أن النقيض بشرط السلامة يقتضي الضمان عند الهلاك كما صرحوا به في مسائل عديدة وجواب هذه المسئلة عدم الضمان عند الهلاك لعدم التعدي فلامعنى للنقيض بشرط السلامة كما لا يخفى ثم أقول الصواب عندي أن معنى قوله أو كان له حق الخفر فيه ان كان له حق الاختصاص بالخفر فيه بان كان ذلك الموضع موقوفا عليه بالانتفاع فيه أو كان مما استأجره للانتفاع فيه أو نحو ذلك فينتدب تنظيم السباق والحق بلا غبار كما ترى (قوله وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء) لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقى الفعل مضافا اليهم قال صاحب العناية في عبارة المصنف تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا تحتاج الى كون المأمور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا انتهى أقول ليس هذا بسديد لان مدار زعمه التسامح في عبارة المصنف على الغفلة عن دخول قوله ولا غرور في تمام التعاميل ولا شك أنه داخل فيه فقوله لم يصح امره بما ليس بمملوك له أشار الى انتفاء صحة امره حقيقة وقوله ولا غرور إشارة الى انتفاء صحته ظاهرا والمعنى لم يصح امره حقيقة لانتفاء الملك في المأمور به ولا ظاهرا لعدم الغرور حيث علموا فظهر أن ما ذكره المصنف تعليل مفيد واسع ليس بمثابة أن يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا كما ترى فلم يتم القول بأن ذلك هو المناسب (قوله فكان الامر بالخفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا) يعني قوله لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا لانه لا نطلق يده في التصرف فيه الخ قال في العناية أخذ من معراج الدراية فان قيل قوله ليس لي فيه حق الخفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته أجيب بأن قوله ليس لي فيه حق الخفر يحتمل أن يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة انتهى أقول في الجواب بحث لان كلمة ليس انفي مضمون الجملة حالا عند جمهور

(٤٣ - نكمله ثامن) عليه قوله سابقا لوقوف على صحة الأمر حقيقة وان أراد صحته ظاهرا فلم ولا يفيد كما لا يخفى (قوله بالنظر الى ما ذكرنا يعني قوله الخ) أقول فيه بحث (قوله فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة) أقول فيما يفعل يقول المصنف لانهم علموا بفساد الامر فانه اذا كان مشترك الدلالة لم يعلموا به اذ العلم لا يجمع الاحتمال

قوله (لان الاول) يعني جعل القنطرة ووضع الخشبة (تعد) أما وضع الخشبة فكونه تعد باظهار وأما بناء القنطرة فلان الباني قوت حقا على غيره فان التدبير في وضع القنطرة على الانهار اعظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للامام فكان جنابة بهذا الاعتبار والجنابة تعد لا محالة قوله (وهذا اللفظ) يعني قوله فعطب به فهو ضامن (يشمل الوجهين) وهما تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعدما وقع في الطريق (٣٣٨) وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان

وذلك لا يشمل التعثر به نعم لفظ الجامع الصغير وهو قوله محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يحمل الشيء في الطريق فيسقط منه ذلك الشيء فيعطب به انسان فيموت قال الحامل ضامن يشملهما والفرق بين العبارتين بين وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان مسوت الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور ولعل المصنف رحمه الله نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه وقوله (فيخرج بالتقييد بما ذكرنا) يعني بوصف السلامة وقوله (مالا يلبسه عادة) يعني مثل اللبس والجواني ودروع الحرب في غير موضع الحرب وكذا اذا لبس زيادة على ما يحتاج اليه على رواية ابن سماعة عن محمد بن جهمما الله عدم عموم البسوى به وقوله (للعشيرة) يعني أهل المسجد وقوله (ضمن)

لان الاول تعد هو تسيب والثاني تعد هو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشر أولى ولان تحلل فعل فاعل مختار بقطع النسبة كما في الحافر مع الملقى قال (ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به انسان فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به انسان لم يضمن) وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق أن حامل الشيء فاصد حفظه فلا خرج في التقييد بوصف السلامة واللبس لا يقصد فقط ما يلبسه فيخرج بالتقييد بما ذكرنا فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد انه اذا لبس مالا يلبسه عادة فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال (واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنذلا أو جعل فيه بوارى أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن) قالوا هذا عند أبي حنيفة

الحاجة على ما تقرر في موضعه حينئذ لا يحتمل قوله ليس لي فيه حق الحفر غير نفي حق الحفر عنه حالا وأما عند بعض النحاة فكامة ليس وان كانت للنفي مطلقا الا أن معناه أن مضمون الجملة اذا قيد بزمان من الازمنة فهو على ما قيد به وأما اذا لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الايجاب عليه في نحو زيد قائم كذا حقه الاندلسي واستحسنه الرضوي وفيما وقع في مسألة الكتاب لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الايجاب عليه قطعا فلم يكن مشتركة الدلالة كيف ولو كان كذلك لما صح قول المصنف في تعليل كون الضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فغاب عنهم اذ العلم بفساد الامر لا يتصور عند اشتراك دلالة ذلك وأما ما وقع في لفظ البسوط فالتظاهر أن المراد به ليس لي ذلك من القديم لكنه لي في الحال والا لما تم وجه الاستحسان ثم أقول الحق عندى في الجواب أن يقال يحتمل أن يكون المراد بذلك ليس لي على الاختصاص حق الحفر فيه على أن يكون اللام في الاختصاص فيجوز أن يكون فناء داره حق عامة المسلمين أو مشتركا بأن كانت في سكة غير نافذة كما مر مثله فلا يخالف الظاهر من انطلاق يده في التصرف فيه اذ يجوز لكل أحد التصرف في حق العامة بشرط السلامة ولا ينافي أيضا قول المصنف في تعليل وجه القياس لانهم علموا بفساد الامر فغاب عنهم لان فساد الامر مقرر على كل من الاحتمالين أما على احتمال أن يكون المراد ليس لي فيه حق الحفر أصلا أي لا على الاختصاص ولا على الاشتراك فظاهر وأما على احتمال أن يكون المراد ليس لي فيه على الاختصاص حق الحفر فلان الامر بالحفر في حق العامة أو في الحق المشترك بدون اذن الشرع فاسد لانه تعد ولهذا الوجه به انفسه فتلف به انسان أو بهيمة يجب عليه الضمان (قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين) قال جمهور الشراح أشار المصنف بقوله وهذا اللفظ الى قوله فعطب به فهو ضامن وأراد بالوجهين في قوله يشمل الوجهين تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعدما وقع في الطريق أقول ما ذهبوا اليه من كون قول المصنف وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به فهو ضامن فاسد من وجهين أحدهما أنه لو كان قوله فعطب به فهو ضامن يشمل الوجهين وهما تلف الانسان بسقوط المحمول عليه وتلفه بتعثره به بعد سقوط ذلك لكان قوله وكذا اذا سقط فتعثر به انسان بعد قوله فعطب به فهو ضامن مستندرا كالحضا وثانيه ما أنه لو كان مراد المصنف بذلك كقوله

وقالا

يعنى اذا فعل ذلك بغير اذن أحد من العشيرة بدليل قوله من بعد كما اذا فعله بأذن واحد من أهل المسجد

(قوله وهو بالنسبة الى الرداء فاسد) أقول ولك أن تقول قوله فسقط فعطب به انسان يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فعطب فراده الفرق بين اللفظين نفسيهما مع قطع النظر عن الغير ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لا خصوصه ألا يرى الى دليله والمنقول عن محمد فيشمل مثل الدرع ولا يبعد موت الانسان مثل الصغار بسقوطه عليه ولا يبعد حمل قول الشارح ولعل المصنف نظر الى المعطوف الخ على هذا فتأمل

وقوله (كنصب الامام) يعني اذا لم يكن الباني موجودا اما اذا كان فنصب الامام اليه وهو مختار الاسكاف رحمه الله قال أبو الليث رحمه الله وبه نأخذ الا أن ينصب شخصا والقوم يريدون من هو أصح منه ويجوز أن يكون المصنف رحمه الله اختار قول ابن سلام أن القوم أولى بنصب الامام والمؤذن والباني أولى بالعمارة وقوله (وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير أهله) فلهم تكرار الجماعة بخلاف ما اذا سبقوا بها فإنه ليس لغيرهم أن يكرروا الجماعة وقوله (وقصد) (٣٣٩) القربة لا ينافي الغرامة) جواب

عن قولهما لان هذه من عن قولهما لان هذه من القرب وقوله (كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا) فإنه قصد القربة لا يكتفى خطأ الطريق فان شرطها أن يكون الشهود أربعة ممن نسمع شهادته فاذا انقضت انقلبت قذفا واستوجب الحد قال (وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل الخ) وان جلس في المسجد رجل من العشرة فعطب به رجل فاما أن كان في الصلاة أو لم يكن فيها فان كان في الصلاة فلا ضمان عليه سواء كانت الصلاة فرضا أو نفلا لان النقل بالشروع يصير فرضا وان لم يكن فيها بل كان قاعدا لغيرها ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يضمن على كل حال

(قال المصنف وقال لا يضمن في الوجهين جميعا) أقول قال الكاكي وهما اذن الامام والعشرة أو عدم اذنهما وبه قال الشافعي في وجه ومالك وأحمد قال الحلواني وأكثر مشايخنا أخذوا بقولهما في هذه المسئلة وعليه

وقالا لا يضمن في الوجهين جميعا لان هذه من القرب وكل أحد مأذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد من أهل المسجد ولا يحنيفة وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولى وفتح بابيه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير أهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا أو مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا أخطأ الطريق كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله قال (وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلاة وان كان في غير الصلاة ضمن) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يضمن على كل حال

وهذا اللفظ يشمل الوجهين قبل ذكر المسئلة الثانية وهي قوله وان كان رداه قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن اذا لوجه لنا أخير بيان ما في المسئلة الاولى عن ذكر المسئلة الثانية بلا مرداع اليه وقال صاحب العناية بعد أن شرح المقام على ما ذهب اليه جمهور الشراح وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشمل التعطير ثم قال ولعل المصنف نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه انتهى أقول ان قوله ولعل المصنف نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه مما لا معنى له لان قوله فهو ضامن جواب مجموع المعطوف والمعطوف عليه فكيف بتصور صحة المعنى مع قطع النظر عن المعطوف عليه وأنا أنجب من هؤلاء الشراح كيف جلاوا مراد المصنف ذلك المتقن التحرير على ما أباه من له أدنى دربة بأساليب الكلام وجعل تاج الشريعة قول المصنف وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو الحق الصريح عندي أيضا فإنه مصون عن المحذورات المذكورة كلها وورده صاحب العناية بعد أن نقله حيث قال وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان موت الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور انتهى أقول رده مردودا لا يخفى أنه يتصور أن يسقط الرداء على فم الصغير بل على فم الكبير أيضا في حالة النوم بل في حالة اليقظة أيضا فيختص بذلك فيموت نعم تحقق مثل هذه الصورة نادر لكن إمكان وقوعه كاف في نعيم المسئلة كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد الجواب عن رد صاحب العناية بوجه آخر فقال قلت أن تقول قوله فسقط فعطب به انسان يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فعطب فمراده الفرق بين اللفظين نفسيهما مع قطع النظر عن الغير ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لا خصوصه ألا يرى الى دليله الى هنا لفظه أقول كل من مقدمات كلامه كاسد أما قوله يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فمراده الفرق بين اللفظين نفسيهما مع قطع النظر عن الغير فلان الفرق بين اللفظين نفسيهما بدون أن يكون له تأثير فيما نحن فيه من المسئلة يكون خارجا من الفقه بل يكون بمنزلة اللغوم من الكلام ههنا ومنه لا يليق عن له أدنى تمييز فضلا عن المصنف الذي هو علم في التحقيق وأما قوله ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لا خصوصه فلان المجاز لا بد فيه من قرينة ولا قرينة فيما نحن فيه وأما قوله ألا يرى الى دليله فلان عموم الدليل لا يقتضي عموم المسئلة ألا يرى أن كلية الكبرى شرط في انتاج الشكل الاول مع كون النتيجة خاصة (قوله وقال لا يضمن في الوجهين جميعا) أي فيما اذا فعل ذلك أحد من العشرة وفيما اذا فعله

القنوي كذا في الذخيرة انتهى كلام الكاكي وقوله وهما اذن الامام الخ محمل كلام (قوله بل كان قاعدا لغيرها) أقول قوله بل كان قاعدا لغيرها لا يطابق المشروح فان القعودا محمل الاختلاف أيضا على تقرير المصنف فالاولى القصير على قوله أولم يكن فيها

(ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو لتعليم الفقه أو الحديث) (أو للصلاة) يعني منتظرها (أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو وقع فيه حديث) قال المصنف رحمه الله (فهو على هذا الاختلاف) وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيه خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق ولعل من أن يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله والجواب أن قوله وان كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالساً لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك لكن قوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس (٣٤٠) كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت وكان من حق الكلام

أن يقول فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الامتكان

ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو لتعليم أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو وقع فيه حديث فهو على هذا الاختلاف وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق

(قال المصنف فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيه اختلاف الخ) أقول نظم الكلام في سبط واحد وفيه تفصيل فانه ذكر شمس الأئمة أن الصحيح من مذهب أبي حنيفة الجالس لا ينتظر الصلاة لا يضمن وإنما الخلاف في عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث وذكر الفقيه أبو جعفر في كشف الغوامص سمعت أبا بكر يقول ان جلس لقراءة القرآن أو معتكفا لا يضمن بالاجماع وذكر غير الاسلام والصدور الشهيد أنه ان جلس للحديث يضمن بالاجماع وذكر في الذخيرة

أحمد من غير العشرة قال صاحب معراج الدراية قوله وقال لا يضمن في الوجهين وهما اذن الامام أو العشرة أو عدم اذنها وتبعه الشارح العيني أقول تفسير الوجهين هنا بمذكرة ذلك الشارح لا يطابق المشروح كما لا يخفى على ذي مسكة (قوله ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو لتعليم أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو وقع فيه حديث فهو على هذا الاختلاف) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو لتعليم أو لفقه أو الحديث أو للصلاة يعني منتظرها أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو وقع فيه حديث قال المصنف فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق انتهى أقول في تقريره خلل فان الاختلاف بين أصحابنا واختيار أبي بكر الرازي قول بعضهم وأبي عبد الله الجرجاني قول البعض الآخر انما هو فيما اذا قعد للعبادة بان كان ينتظر الصلاة أو قعد للتدريس وتعليم الفقه أو الاعتكاف أو قعد بذكر الله أو يسبحه أو يقرأ القرآن فعثر به انسان فبات وأما فيما اذا قعد لحديث أو نام فيه أو أقام فيه لغير الصلاة أو مر فيه ماراً فعثر به انسان فبات ففيه اختلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه بلا خلاف لاحد من أصحابنا على ما بين وفصل في الذخيرة والمحيط البرهاني وذكر في النهاية أيضاً نقلاً عن الذخيرة ولا ريب أن ما ذكره المصنف هنا من الصور فقال فهو على هذا الاختلاف يشمل القسمين فكيف يتم قول صاحب العناية على الإطلاق وهو اختيار بعض أصحابنا إلى آخر كلامه ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله والجواب أن قوله وان كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالساً لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك انتهى أقول في كل واحد من سؤاله وجوابه سقامة أما في الاول فلان وضع المسئلة فيما قال وان كان في غير الصلاة انما كان في الجلوس في المسجد فكيف يشمل قوله وان كان في غير الصلاة ضمن هذا المذكور كله ومنه ما ليس من جنس الجلوس كالنوم فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة والمرور فيه ماراً وأما في الثاني فلان لفظ الجامع الصغير مختص بالجلوس في المسجد ولفظ المصنف شامل للجلوس وغيره كما عرفت آنفاً فكيف يكون هذا بياناً لذلك ثم قال وقوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق

وله
أنه اذا قعد فيه حديث أو نام أو أقام فيه لغير الصلاة أو مر فيه ماراً ضمن عنده وقال لا يضمن وان قعد للعبادة كانتظار الصلاة أو الاعتكاف أو قراءة القرآن أو للتدريس أو لذكر غير ذلك من المناجاة فيه على قوله فقال بعضهم يضمن واليه ذهب أبو بكر الرازي وقال بعضهم لا يضمن واليه ذهب أبو عبد الله الجرجاني كذا في النهاية وغيره ويعلم منه ما في كلام الشيخ الشارح حيث بين أن الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه اتفاق (قوله يشمل هذا المذكور كله) أقول فيه أنه لا يشمل المرور بل النوم فيها فان المستتر في كان ضمير الجلوس أو الرجل الجالس الآن يقال لا كثر حكم الكل

وقوله (له) ما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر قال الله تعالى في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسجد له فيها بالغدو والاصال وقوله تعالى وأنتم عاكفون في المساجد وقوله (وله أن المسجد انما بنى للصلاة) لان المسجد موضع السجود لا يرى أن المسجد اذا ضاق على المصلي كان له ازعاج القاء فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس لانه يطلب موضوعه الاصلى دون العكس وما عرف الناس المسجد الا لاجل الصلاة فيه ولا دلالة لما ذكرنا من الايتين على ما سوى الاذن والعكوف به وليس الكلام فيه وكونه من ضرورات الصلاة (٣٤١) مسلم لكن لابد من التفرقة بين

الموضوع الاصل وما ألحق به والباقي واضح

فصل في الحائض المسائل

لما كان الحائض المسائل يناسب الجرح والروشن والجناس والكنيف وغيرها الحق مسائله بها في فصل على حدة قال (واذا مال حائض الى طريق المساجد الخ) أخذ الشافعي رحمه الله في هذه المسئلة بوجه القياس ولم يوجب الضمان وعلما فارجحهم الله استحسنوا ايجاب الضمان وهو مروى عن علي رضي الله عنه وشريح والنخعي والشعبي وغيرهم من التابعين رحمه الله والوجه من الجانبين مذكور في الكتاب

(قال المصنف لهما ان المسجد انما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلاة) أقول لا يخفى عليك اخصية الدليل من

لهما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلاة أولان المنتظر للصلاة في الصلاة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلاة وله أن المسجد انما بنى للصلاة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو أن يكون الفعل مباحا أو مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر أو الى الصيد والمنشئ في الطريق والمنشئ في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره (وان جلس رجل من غير العشرة فيه للصلاة فتعقل به انسان ينبغي أن لا يضمن) لان المسجد بنى للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة ان كان مفوضا الى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلي فيه وحده

فصل في الحائض المسائل قال (واذا مال الحائض الى طريق المسلمين فطوبى صاحبها بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفسه أو ماله)

المشايع على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت أقول لان سلم أنه يفيد اتفاق المشايخ على ذلك لجواز أن يكون مختارا المصنف أيضا ما اختاره أبو بكر الرازي فبناء على ذلك لم يذكر القول الآخر ومثل هذا ليس بعز في كلمات المشايخ ثم قال وكان من حق الكلام أن يقول فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف انتهى أقول لعذر أن المصنف لم يقل هكذا هو أن ما ذكره من الصور مشتمل على ما ليس من جنس العبادة أيضا ولم يقل أحدا بأنه لا يضمن في هذا القسم بلا خلاف كما بيناه فيما قبل فلو قال المصنف مثل ما زعمه صاحب العناية حق الكلام لاختلاف كلامه كاختلال كلام ذلك الشارح في شرحه كما مر حيث يلزم أن يدرج في اختلاف المشايخ محل الوفاق أيضا فقال وهو على هذا الاختلاف بالبتات جريا على اتفاقهم على وقوع الاختلاف فيما هو من غير جنس العبادة واختيارا لما اختاره أبو بكر الرازي فيما هو من جنس العبادة تأمل فان هذا معنى لطيف وتوجيه حسن (قوله لهما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا الخ) أقول هذا التعليل قاصر عن افادة مدعاهما في بعض من المسائل المذكورة كالنوم في المسجد والمرور فيه والقعود فيه الحديث فان شيئا منها ليس من الصلاة ولا من الذكر ولا من ضرورات الصلاة ولا من الانتظار للصلاة فلا يتم التقريب

فصل في أحكام الحائض المسائل لما ذكرنا أحكام القتل الذي يتعلق بالانسان مباشرة أو تسببا شرعا في بيان أحكام القتل الذي يتعلق بالجناد وهو الحائض المسائل وكان من حقها أن تؤخر عن مسائل جميع

المدعى الآن يلحق سائر المباحات مثل المرور والقعود للحديث لأن المناط هو الاباحة ألا يرى الى قوله فكان الجلوس مباحا وفيه تأمل فان ما حينئذ يحتاج الى الفرق بين هذا وبين سائر المباحات المقيدة بشرط السلامة وأما المذكور في الكتاب فهو اباحة معلقة بكونه من ضرورات الصلاة فلا يحتاج الى الفرق لأن المناط ليس مطلقا اباحة بل اباحة المقيدة بالمعلقة بما ذكر (قوله لأن المسجد موضع السجود) أقول هذا دليل لغوي (قوله ألا يرى) أقول هذا دليل شرعي (قوله وما عرف الناس الخ) أقول هذا دليل عرفي

وقوله (وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام) (٣٤٣) كالراعي الى الكفار وان ترسو بالمسلمين وقطع العضو لا كلة عند

خوف هلاك النفس وقوله (وتحملها العاقلة) قال محمد بن جرير الله ان العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقدم اليه في النقض وعلى أنه مان من سقوطه عليه وعلى أن الدار له لان كون الدار في يده ظاهر والظاهر لا يستحق به حق على الغير وقوله (والشرط التقدم اليه) وهو أن يقول صاحب الحق لصاحب الحائط ان حائطك هذا مخوف أو يقول مائل فانقضه أو أهده حتى لا يسقط ولا يتلف شيئا ولو قال ينبغي أن تهده فذلك مشورة ويشترط أن يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلما كان أو ذميا أو صيبيا أو امرأة ان مال الى طريقهم وواحد من أصحاب السكة الخاصة ان مال اليها وصاحب الدار أو سكانها ان مال اليها وان يكون الى من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم الى من يسكن الدار باجارة أو اعارة فلم ينقض حتى سقط على انسان فلا ضمان على أحد وقوله (والشرط هو التقدم دون الاشهاد) حتى لو اعترف صاحبه أنه طوب ببنقضه وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه

والقياس ان لا يضمن لانه لا يصنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعدي فيه لان أصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشغل هو الطريق بالميلان بملكه ورفع في يده فاذا تقدم اليه وطوب ببنقضه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره بصير متعديا بالامتناع عن التمسك اذ اطوب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولا نال ولم يوجب عليه الضمان بمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على أنفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى استئصاله والاحتياط به وما تلف به من الاموال كالذواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا أنني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل أن يهي الحائط لاتعدام التعدي قال (ولو بني الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد) لان البناء بعد ابتداء كما في اشراع الجناح قال (وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم) لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترتيب في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض بصيرته كجانبه ويستوى أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي لان الناس كاهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان أو امرأة حرا كان أو مكاتباً ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فينفرد كل صاحب حق به قال (وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة) لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم أن يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذلك ازالة ما شغل هواها ولو أجهل صاحب الدار أو أراه منها أو فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بنقضه ما اذا مال الى الطريق فأجبه القاضي أو من أشهد عليه حيث لا يصح لان الحق للجماعة المسلمين وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعد ما أشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانباً بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طوب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفرغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتج والمستاجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى أبي اليتيم أو أمه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات

الحيوانات تقديما للحيوان على الجماد الا أن الحائط المائل لما ناسب الجرح من والروشن والجناح والكنيف وغيرها الحق مسائلها ولهذا أي بلفظ الفصل لا بلفظ الباب كذا في النهاية وغيرها (قوله والاصل أنه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفرغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه) أقول لقائل أن يقول ينقض هذا الاصل بما سبأني في الكتاب من انه يصح التقدم الى أحد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده ويمكن الجواب عنه بوجهين أحدهما أنه يجوز أن يكون هذا الاصل على موجب القياس وما سبأني في الكتاب جواب الاستحسان ووجهه

فصل في الحائط المائل (قوله مسلما كان أو ذميا أو صيبيا) أقول أي ما دوننا أو عبدا كذلك قال والضمن المصنف (ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه) أقول الاظهر ان يقال لانه لم يتقدم اليه

وقوله (لان فعل هؤلاء كفعله) أي فعل الوصي والاب والام كفعل الصبي والتقدم اليهم كالتقدم على الصبي بعد بلوغه فان قيل لو كان كذلك لما هدر القتل بسقوط الحائط اذ يبلغ الصبي بعد التقدم الى الاب والوصي أجيب بأن التقدم اليهم اجعل كالتقدم الى الصغير مادامت ولا يتم ما يافية وقد زالت بالبلوغ فصار كأن التقدم لم يوجد في حق الصغير ثم انه ما في ترك الهدم بعملان للصبي وينظر ان له فكان الضمان في ماله فان قيل الوصي اذا ترك النقص بعد التقدم اليه ألحق ضررا بمال البتيم فكان الواجب أن يكون الضمان عليه أجيب بأن في ترك النقص دفع مضرته متخفة فقه وهي مضرته مؤنة النقص وبنائه ثانيا وفي نقضه دفع مضرته موهومة لجواز أن لا يسقط وان سقط لا يهلك به شيء فكان تركه أنظر للصبي فلا يلزم الوصي ضمان وقوله (في عنق العبد) يعني يباع فيه كإيساع في ديون تجارته وكان القياس أن يكون ذلك على المولى كضمان النفس ولكننا استحسننا الفرق بينهما فقلنا العبد في ضمان التزام المال كالحرقانة ينقل الحجر عنه في اكتساب سبب ذلك وفي التزام ضمان الجنابة على النفس كالمجور عليه لان فلك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى وقوله (لان الاشهاد على المولى من وجه) اما اذا لم يكن على العبد دين فظاهر لان الملك في الدار للمولى رقة وتصرفا والعبد خصم من جهته ألا ترى أنه لو ادعى انسان حقا في دار يدهم أذن له بنصب خصم فكان الاشهاد عليه اشهادا على المولى من وجه وأما اذا كان عليه دين فعندهما ظاهر وعند أبي حنيفة رحمه الله للمولى أن يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا (٣٤ ٣٤) تقدم الى المولى من وجه وتقدم الى

العبد من وجه فاعتبر في ضمان النفس تقدما الى المولى لما ذكرنا أن فلك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك وفي ضمان الاموال تقدما الى العبد لانه كالحرق فيه كما مر وقوله (وبصح التقدم الى أحد الورثة في نصيبه) يعني لو هلك أحد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه وهذا جواب الاستحسان ووجهه ما ذكر في الكتاب وأما جواب القياس فهو أن لا يضمن أحد منهم شيئا أما

والضمان في مال البتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين أو لم يكن لان ولاية النقص له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال البقي بالعبد وضمان النفس بالمولى وبصح التقدم الى أحد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لم يمكنه من اصلاح نصيبه بطريقة وهو المرافعة الى القاضي (ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فقتله بقتل غيره فعتب لا يضمنه) لان التفريق عنه الى الاولياء لا اليه (وان عتب بالنقص ضمنه) لان التفريق اليه اذا النقص ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقص ما ذكرهناك وأما جواب القياس فيه فهو أن لا يضمن أحد من الورثة شيئا أما الذي تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقص وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم وقد صرح بذلك في المبسوط وذكر في الشروح أيضا في مسجيء وثانيهما أنه يجوز أن يكون المراد هنا بمن يتمكن من نقض الحائط من يتمكن منه وحده أو مع مشاركة غيره ومن لا يتمكن منه من لا يتمكن منه أصلا وأحد الورثة في المسئلة الآتية وان لم يتمكن من نقض الحائط وحده إلا أنه يتمكن منه مع مشاركة سائر الورثة فلا انتقاض (قوله والضمان في مال البتيم) أقول في هذا الاطلاق نوع قصور لان ما تالف بالحائط المائل ان كان من

الذي تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقص فلم يكن التقدم اليه مفيدا أو ما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم فلم يوجد التعدي من واحد منهم في ترك التفريق والجواب أن الاشهاد على جماعتهم يتعدى عادة فلولم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه أدى الى الضرر وهو مدفوع وقوله (فعطب لا يضمنه) أي لا يضمن صاحب الحائط القتل الثاني (لان التفريق عنه) أي القتل الاول برفعه مفقوض الى اولياءه لأنهم الذين يتولون دفنه وطواب بالفرق بينهما وبين ما اذا وقع الجناح في الطريق فقتل انسان بنقصه ومات ثم تعثر رجل بالقتيل ومات فان دية القتلين جميعا على صاحب الجناح وأجيب بأن اشراع الجناح في نفسه جنابة وهو فقه له فصار كأنه ألقاه بيده عليه فكان حصول القتل في الطريق مضافا الى فعله كحصول نقض الجناح في الطريق ومن أتى شيئا في الطريق كان ضامنا لما عطب به وان لم يهلك تفريق الطريق عنه بخلاف مسئلة الحائط فان نفس البناء ليس بجنابة وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانيا لکن جعل كالفعل بترك النقص في الطريق مع القدرة على التفريق والتلف مع القدرة وجد في حق النقص لافي حق القتل فلذلك جعل فاعلا في حق القتل الاول لافي حق القتل الثاني وهذا يعلم حكم ما عطب بالنقص وقد ذكره في الكتاب واضحا

(قوله فكان تركه انظر للصبي فلا يلزم الوصي ضمان) أقول فان قيل ينبغي أن لا يقدر الوصي على النقص لان عدمه انظر قلنا المراد هو الا نظر به من وجه (قوله فلولم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه الخ) أقول وهو يتمكن من اصلاح نصيبه بطريقة فيكون التقدم اليه مفيدا كما ذكره المصنف

وقوله (فسقطت) بمعنى الجرة بسقوط الحائط يشير الى أنه لو وقعت الجرة وحدها فأصاب انسانا فلا ضمان عليه لانه وضعه على ملكه وهو لا يكون متعديا فيما يحدثه في ملكه سواء كان الحائط مائلا أو غير مائل كذا في المبسوط وقوله (فعليه) أي فعلى كل واحد من حافر البئر وباني الحائط وقوله (وله) أي لابي حنيفة رضي الله عنه أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر بمعنى في الحائط والعق المقدر بمعنى في البئر (لان أصل ذلك) أي أصل الثقل والعق كافي قوله تعالى عوان بين ذلك (وهو القابل) أي ذلك الأصل يعني أن الجزء (٣٤٤) اليسير ليس بهلاك (حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلة وإذا كان كذلك يضاف الى

العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك) ألا ترى أنه لو أشهد عليهم جميعا ثم سقط على انسان كان على كل واحد منهم خمس الدية فيترك الاشهاد في حق الباقيين لا يزداد الواجب على من أشهد عليه وعلى هذا تخرج مسألة البئر فيقال لهما اجتمع في حقه معنيان أحدهما موجب للضمان وهو التعدي بالحفر في ملك غيره والاخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه فيجعل التلف من جنس جنسا والمهدر جنسا فيلزمه نصف الضمان ولابي حنيفة رضي الله عنه أن صفة التعدي تحققت في الثلثين فيجب عليه ضمان الثلثين وقوله (بخلاف الجراحات) جواب عن قولهما كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وقوله (الا ان عند المراجعة أضيف الى الكل لعدم

لان المقصود امتناع الشغل (ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه) لان التفريق اليه (وان كان ملك غيره لا يضمنه) لان التفريق الى مالكها قال (وان كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بئرا والحفر كان بغير رضا الشريكين الاخرين أو بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند أبي حنيفة وقال عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين) لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر بنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعق المقدر لان أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلة وإذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت أو كبرت على ما عرف الآن عند المراجعة أضيف الى الكل لعدم الاولوية والله اعلم

باب جنابة البهيمة والجنابة عليها

قال (الراكب ضامن

النفوس بحسب الدية على عاقلة صاحب الحائط لافي ماله وان كان من الاموال كالادواب والعروض يجب ضمانها في ماله وقد مر هذا كله في الكتاب فكون الضمان في مال البتيم انما يتصور في تلف الاموال لا في تلف النفوس فامعني الحكم هنا بكون الضمان في مال البتيم على الاطلاق (قوله لهما ان التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر بنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل) أقول كان مدعاهما عاما للفصلين أي فصل حائط بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة كما أفصح عنه المصنف بقوله وقال عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين والدليل الذي ذكره من قبله ما خاص للفصل الاول فكان قاصرا في الظاهر عن افادة تمام المدعي وعن هذا قال صاحب الكافي بعد ذكر ما ذكره المصنف من قبله ما وفي مسألة البئر تلفت النفس بالحفر في ملكه وفي ملك غيره فانقسم نصفين اه والجواب من جانب المصنف هنا هو ان الدليل الذي ذكره من قبله ما وان كان يخص الفصل الاول بعبارة الا أنه يعم الفصل الثاني أيضا بدلالته كما لا يخفى على ذي فطنة فاكفي بذلك ولولم يكن مدار الكلام هنا على الاكتفاء بانفهام تمام المراد لكان ما زاده صاحب الكافي أيضا قاصرا عن افادة تمام المدعي هنا لان الفصل الثاني ليس مسألة حفر البئر وحده بل هو مسألة حفر البئر وبناء الحائط جميعا وقد تعرض صاحب الكافي في التعليل لحفر البئر دون بناء الحائط كما ترى

باب جنابة البهيمة والجنابة عليها

لما فرغ من بيان أحكام جنابة الانسان شرع في بيان أحكام جنابة البهيمة ولا شك في تقدم الانسان

الاولوية) يضاف اليه وإذا أضيف الى الكل وبعضها معتبر في اضافة الضمان اليه وبعضها غير معتبر فجعل غير المعتبر شيئا واحدا وان تعدد فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبرا أحدهما واهدر الاخر والله تعالى أعلم

باب جنابة البهيمة والجنابة عليها

ذكر جنابة البهيمة والجنابة عليها عقيب جنابة الانسان والجنابة عليه في باب على حدة مما لا يحتاج الى بيان

(قوله أي فعلى كل واحد منهم ما من حافر البئر وباني الحائط) أقول والاولى ان يقول وعلى ذلك الأحاد مرجع الضمير هو لفظ أحدهم

وقوله (لما أوطأت الدابة) الصحيح لما أوطأت الدابة وقيل يجوز أن يكون مفعولا لا يبطأ محذوفين وتقديره أوطأت الدابة يدها وأرجلها
 إنسانا فيكون من باب فلان يعطى وقوله (ما أصابت) بدل من قوله لما أوطأت الدابة والكدم العض بمقدم الإنسان والخبط الضرب باليد
 والصدم هو أن تضرب الشيء بحسبك ومنه اصطدم الفارس إن أذا ضرب أحد ههما الآخر بنفسه ويقال نفعت الدابة الشيء إذا ضربته
 بمحدث حافرها وأعلم أن جنابة الدابة لا تخلو من أوجه ثلاثة لأنها إما أن تكون في ملك صاحبها أو في ملك غيره أو في طريق المسلمين فإن كانت
 في ملك صاحبها ملكا كاملا أو مشتركا متساويا أو متفاضلا فإما أن يكون صاحبها معها أو لا يكون فإن كان الثاني لم يضمن صاحبها واقفة
 كانت الدابة أو سائرة ووطئت يدها أو برجلها أو نفعت أو كدمت وإن كان الأول فإما أن يكون سائقها أو فائدا وإما أن يكون راكبا
 عليها ولا فإن كان الأول لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها تلفت نفسها أو مالا لأن صاحبها في هذه الوجوه متسبب لا اتصال أثر فعله
 بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة والمتسبب إنما يضمن إذا كان متعديا ولا تعدى في إيقاف الدابة أو تسيرها في ملكه وإن كان
 الثاني وهو يسير فان ووطئت يدها أو برجلها ضمن وإن كدمت أو نفعت يدها أو برجلها أو وضربت بذنبها فلا ضمان لأن في الوجه
 الأول صاحب الدابة مباشر لا تلاف لأن ثقله ونقل الدابة اتصالا بالمتلف فكان هو وطئها جميعا والمباشر ضامن متعديا كان أو لم يكن
 وفي الثاني متسبب غير متعدي وإن كانت الجنابة في ملك غير صاحبها فإما أن أدخلها (٣٤٥) صاحبها فيه أو لا فإن كان الثاني فلا

ضمان عليه على كل حال
 لأنه ليس بمسبب ولا مباشر
 وإن كان الأول فعليه
 الضمان على كل حال سواء
 كان معها سائقها أو فائدا
 أو لا واقفة أو سائرة لأن
 صاحبها إما مباشر أو متسبب
 متعدي أو ليس له إيقاف
 الدابة وتسيرها في ملك
 الغير بغرضه وإن كانت في
 طريق المسلمين وقد أوقفها
 صاحبها فعليه ضمان
 بالمتلف في الوجوه كلها لأنه
 بالإيقاف متسبب متعدي

لما أوطأت الدابة ما أصابت يدها أو أرجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت وكذا إذا صدمت ولا يضمن
 مانعت برجلها أو ذنبها

على البهيمية رتبة فكذا ذكرنا كذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية أقول رد عليه أنه لم يفرغ من بيان
 أحكام جنابة الإنسان مطلقا بل بقي منها أحكام جنابة المملوك ولا شك أن المملوك من الإنسان أيضا
 مقدم على البهيمية رتبة فكان ينبغي أن يقدم عليها أيضا ذكرنا في القدر المذكور من التوجيه كافيا
 في إفادة حق المقام وقال في غاية البيان وكان من حق هذا الباب أن يذكر بعد باب جنابة المملوك
 لفصله النطق في المملوك ولكن لما كانت البهيمية ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل والنطق ألحق
 هذا الباب بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الجرح من ونحو ذلك أه أقول رد عليه أيضا أنه لو كان
 هذا الباب ملحقا بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الحينية المذكور قلنا ذكر مسائل هذا الباب
 في باب مستقل بل كان حقها أن تذكر في فصل كما قالوا في فصل الحائض المائل تدبر (قوله ولا يضمن
 مانعت برجلها أو ذنبها) قال الشراح قاطبة يقال نفعت الدابة شيئا إذا ضربته بمحدث حافرها وقال
 صاحب النهاية بعد ذلك كذا في الصحاح والمغرب واقتنى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية أقول

(٤٤ - تكمله ثامن)
 ادليس له شغل طريق المسلمين بإيقاف الدابة فيه وإن كانت سائرة فإما أن يكون
 صاحبها معها أو لم يكن فإن لم يكن فإما أن سارت بارساله أو انقلبت فإن كان الأول ضمن ما تلفت مالم تحول عن جهة الإرسال بمنة أو يسره
 لأن إرسالها بلا حافظ سبب للتلاف وهو فيه متعدي وإن كان الثاني فلا ضمان عليه في الوجوه كلها وإن كان صاحبها معها ضمن ما تلفت
 راكبا كان أو سائقا أو فائدا إلا النفقة بالرجل أو الذنب لأنه مباشر أو متسبب متعدي والغرض من هذا الإسهاب بيان قول المصنف
 رحمه الله الراكب ضامن لما أوطأت الدابة إلى قوله وكذا إذا صدمت أنه محمول على ما إذا لم يكن الراكب في ملكه لأن هذا الجواب إن
 استقام في قوله ما أصابت يدها أو أرجلها لا يستقيم في قوله أو كدمت أو خبطت أو صدمت فيما إذا كان في ملكه على ما مر آنفا وذكر
 الأصل الذي ينبغي عليه هذه الفروع

باب جنابة البهيمية والجنابة عليها

(قوله ذكر جنابة البهيمية والجنابة عليها الخ) أقول فإن قيل ماذا ذكر في هذا الباب جنابة إنسان ولذلك يجب الضمان من ماله أو على
 عاقبته قلنا لما أودع الله سبحانه وتعالى في البهائم إرادة وأدرا كاصح إضافة الجنابة إليها ولزوم الضمان على غيرها لا ينافي تلك الإضافة
 كافي الجنائي والعاقلة (قوله وقيل يجوز أن يكون مفعولا لا يبطأ محذوفين) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وإن كانت في طريق المسلمين
 وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما تلفت في الوجوه كلها) أقول هذا إذا أوقفها الغير البول والروث (قوله وكذا إذا صدمت أنه محمول على
 ما إذا لم يكن الراكب في ملكه) أقول يعلم كونه محمولا على ما إذا كان الراكب في الطريق مما ذكره المصنف في معرض التعليل

وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس) أما أنه يتصرف في حقه فلا أن الانسان لابد له من طريق يمشي فيه لتربيت مهماته فالجرح عن ذلك حرج وهو مدفوع وأما أنه يتصرف في حق غيره فلا أن غيره فيه كره في الاحتياج فبالنظر الى حقه يستدعي الاباحة مطلقا وبالنظر الى حق غيره يستدعي الجرح مطلقا فقلنا باباحة مقيدة بشرط السلامة عملا بالوجهين وبقيّة كلامه واضحة وقوله (والمرتد فيما ذكرنا) يعني في موجب الجنابة (كالراكب لان المعنى أى المعنى الموجب وهو المباشرة والتصرف في الدابة بالتسيير على ما أراد (لا يختلف لانهما في أيديهم ونحت تصرفهم وقوله (ثم هو) يعني الايقاف (أكثر ضررا بالمارة) جواب عما يقال سلمنا ان الايقاف ليس من ضرورات السير لكنه مشل في كونه تصرفا في الدابة فليتحقق به وجهه أنه أضر منه (لما أنه) أى الايقاف (أدوم من السير فلا يلحق به) وقوله (والسائق

والاصل ان المروفي طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لأنه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا باباحة مقيدة بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابيه وهو مفتوح والاحتراز عن الابطاء وما يضايقه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدها بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به (فان أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضا) لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال (وان أصابت يدها أو رجلها حصاة أو نواة أو ثارت غبارا أو حجر أصغره ففأعين انسان أو أفسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن) لانه في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني يمكن لانه ينقل عن السير عادة وانما ذلك بتعريف الراكب والمرتد فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف قال (فان راثت أو قالت في الطريق وهي تسير فغضب به انسان لم يضمن) لانه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه (وكذا اذا أوقفها ذلك) لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان أوقفها الغير ذلك فعطب انسان بروثها أو بولها ضمن لانه متعدي في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو أكثر ضررا بالمارة من السير لما انه أدوم منه فلا يلحق به (والسائق ضامن لما أصابت يدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت يدها دون رجلها)

كون المذكور في المغرب كذلك مسلم فانه قال فيه نفخته الدابة ضربته بمذحافها وأما كون المذكور في الصباح كذلك فممنوع اذ لم يعتبر فيه كون الضرب بمذحافها بل قال فيه ونفخت الناقة ضربت برجلها * ثم أقول بقي اشكال في عبارة الكتاب وهو ان الذي يظهر عما ذكر في كتب اللغة ومما ذكره السراح هنا أن لا تكون النفحة الا بالرجل فيلزم أن لا يصح قوله أو ذنبها في قوله ولا يضمن ما نفخت برجلها أو ذنبها لانه يقتضي أن تكون النفحة بالذنب أيضا بل يضمن ما نفخت بالذنب أيضا استدراك قوله برجلها لان الضرب بالرجل كان داخلا في مفهوم النفحة لا يقال ذكر الرجل محمول على التأكيد وذكر الذنب على التجريد لانا نقول اعتبارا التأكيد والتجريد معا بالنظر الى كلمة واحدة في موضع واحد متعذر للتناهي بينهما كما لا يخفى على الفطن بل التأويل الصحيح أن تحمل النفحة المذكرة في الكتاب على مطلق الضرب بطريق عموم المجاز فيصح ذكر الرجل والذنب كليهما بلا اشكال تأمل (قوله والسائق ضامن لما أصابت يدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت يدها دون رجلها) هذا اللفظ القدوري في مختصره قال المصنف والمراد النفحة وقال صاحب النهاية في شرحه أي من قوله لما أصابت يدها أو رجلها وقال انما فسر بهذا لانه كان يجوز أن يراد بقوله لما أصابت يدها أو رجلها الوطء وقد ذكرت أنه يضمن فيه السائق والقائد من غير خلاف أحد وانما الاختلاف في النفحة ولولم يفسر بهذا لكان الأول أن يؤخذ ذلك بالوطء ويثبت الاختلاف فيه وليس الرواية كذلك اه واقتنى أثره كثير من السراح منهم صاحب العناية أقول فيه خلل أما أولا فلا أن الظاهر من قوله هم أي من قوله لما أصابت يدها أو رجلها أن يكون المراد بالاصابة يدها أو بالاصابة برجلها كليهما هو النفحة وليس كذلك اذ لا يطلق على الاصابة باليد النفحة وانما يطلق عليها الخبط اذا ضربت باليد ولو سلم اطلاق النفحة عليها أيضا بطريق التجوز فلا يجدي هنا اذ لا فرق بين الوطء باليد والخبط الذي هو الضرب باليد في وجوب الضمان بهما على السائق والقائد بلا خلاف أحد فلامعنى لان يكون المراد أحدهما دون الآخر وأما ثانيا فلا أن القدوري لم يذكر الخلاف في مسئلة السائق أصلا حتى يلزم من توهم أن يكون المراد بقوله لما أصابت يدها أو رجلها هو الوطء اثبات الاختلاف في الوطء وانما الذي بيننا خلاف

وقوله (والمراد النفعة) أى من قوله لما أصابت يدها أو رجلها وانما فسر بذلك لئلا يتوهم ان المراد به الوطاء فانه يوجب الضمان على السائق والقائد بخلاف لاحد فيه وقوله (واليه مال بعض المشايخ رحمهم الله) يعنى العراقيين وقوله (فيمكنه الاحتراز عنه) يعنى بإبعاد الدابة عن التلف أو بإبعاده عنها وقوله (وقال أكثر المشايخ رحمهم الله) يريد مشايخ ما وراء النهر وقوله (ما ذكرناه) يعنى قوله فلا يمكنه التحرز وقوله (وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار) معطوف على قوله ما ذكرناه ومعنى جبار هدر ومعهناه النفعة بالرجل لان الوطاء مضمون بالاجماع وقوله (وانتقال الفعل) جواب عن قول الشافعى (٣٤٧) رحمه الله لان فعلها مضاف اليهم يعنى ان

ذلك يكون بالقياس على الاكره ولا يكاد يصح لان هناك الانتقال بتخويف القتل وهنا تخويف بالضرب فلا يلحق به قيل وفيه ضعف لانه لم يقل بذلك قياسا على الاكره وانما قال بناء على أصل آخر وهو أن سير الدابة مضاف الى راكبها ولا كلام فيه وانما الكلام في النفعة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف والجواب القوي ما ذكره بقوله والنجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار وأتى

والمراد النفعة قال رضى الله عنه هكذا ذكره القدرورى في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه أن النفعة يرى من السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال أكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفعة أيضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لا مكانه كجهاب الجاهل بها وبهذا ينطق أكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعى يضمنون النفعة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والنجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار ومعهناه النفعة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كافي المكروه وهذا تخويف بالضرب قال (وفي الجامع الصغير وكل شئ ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد) لانهما مسبيان بمباشرة مباشر شرط التلف وهو تقرب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب (الا ان على الراكب الكفارة) فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها (ولا كفارة عليها) ولا على الراكب فيما وراء الابطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بشقله ونقل الدابة تبع له لان سير الدابة مضاف اليه وهى آله وهما مسبيان لانه لا يتصل منهما الى المحل شئ وكذا الراكب في غير الابطاء والكفارة حكم المباشرة لاحكم التسبب وكذا يتعلق بالابطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة (ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة) لان الراكب مباشر فيه لما ذكرناه والسائق مسبب والاضافة الى المباشر أولى

في هاتيك المسئلة هنا هو المصنف وذافر ع تفسيره مراد القدرورى بالنفقة لا منشأ هذا التفسير كما يوهمه كلامهم * ثم أقول الحق عندي ان معنى قول المصنف والمراد النفعة هو ان مراد القدرورى بقوله أو برجلها في مسئلة السائق وبقوله دون رجلها في مسئلة القائد هو النفعة وانه انما فسر بذلك ليتم قوله في مسئلة القائد دون رجلها اذ لو كان المراد الوطاء لم يتم ذلك فان وطاء الدابة برجلها يوجب الضمان على القائد أيضا بخلاف أحد (قوله ووجهه أن النفعة يرى من السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه) أقول لقائل أن يقول ان يد الدابة أيضا غائب عن بصر القائد اذ القود لا يتيسر الا بالنظر والاتفات الى القدام فيغيب ما في الخلف عن البصر فلا يمكنه التحرز عما أصابته بيدها أيضا فينبغى أن لا يضمن ذلك أيضا فليتأمل في الدفع (فوله وقال أكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفعة أيضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه) أقول ولقائل أن يقول ليس على يدها أيضا ما يمنعها به كما كان في لهما من اللجام فلا يمكنه التحرز

في الاتلاف فان السوق لو انفرد عن الركوب أو جب ضمان ما تلفت بالوطء وكذلك الركوب فلم يجز أن يضاف عمل السوق في الاتلاف الى الركوب بل كان التلف مضافا اليهما نصفين والمسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان سببا لا يعمل في التلف عند انفراده كالحرف فانه لا يوجب التلف منفردا عن الدفع الذى هو مباشرة وتذكر تخصيص العلل ومخلصه فانه من مظانه

(قوله وقوله لما ذكرناه) يعنى قوله فلا يمكنه التحرز أقول وقوله أيضا فلا يتقيد فيما لا يمكنه الاحتراز عنه لما فيه من المنع من التصرف وحده بانه حتى يتم جوابا ووجه الشافعى في الراكب والقائد والسائق (قوله ومع ذلك لا يخلو عن ضعف) أقول فانه اذا كان سير الدابة مضافا الى راكبها تكون النفعة مضافة اليه أيضا (قوله والجواب القوي ما ذكره بقوله والنجة عليه ما ذكرناه) أقول جواب بطريق المعارضة

وقال (إذا اصطدم فارسان الخ) أي ضرب أحدهما الآخر بنسبه وحكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالبا في الفارسين خصهما بالذكور وما ذكروا زفر والشافعي رحمه الله وجه القياس وما قلنا وجه الاستحسان وقد روى عن علي رضي الله كلا الوجهين فتعارضت روايتاه فربما قولنا بما ذكرناه يعني قوله لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق الخ

قال المصنف (وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان) أقول قال الزيلعي ألا يرى أن محمداً كفي الأصل ان الرأى كذا إذا أمر انسانا فخنس المأمور الدابة ووطئت انسانا كان الضمان عليهما فاشترى كافي الضمان والناخن سائق والا حراً كفتين بهذا أنهم يستويان والجواب ان المسبب انما لا يضمن مع المباشر إذا كان السبب لا يعمل بانفراده في الاتلاف كما في الحفر مع الالتقاء فان الحفر لا يعمل بدون الالتقاء وإذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتري كان وهو ذامنه فان السوق متلف وان لم يكن على الدابة راكب بخلاف الحفر فإنه ليس بمختلف بلا القاء وعند (٨٤٣) الالتقاء وجد التلف بهما فأضيف الى آخرهما كسئلة السفينة إذ كل واحد منهما لا يعمل

بانفراده وفيما نحن فيه
يعمل فيشتري كان انتهى
وقرر صاحب الكفاية
تعليل وجوب الضمان
عليهما بقوله ذكروا محمداً في
الأصل ان الرأى كذا إذا
أمر آخر فخنس الدابة فان
وطئت انسانا كان الضمان
عليهما وعلل فقال لأن
الناخن سائق والا آخر
راكب فقد بين بما
ذكر ان الرأى كذا والسائق
في ضمان ما ووطئت الدابة
يشترى كان ولا يختص به
الرأى كذا انتهى وأنت
خير بأن ما ذكره الزيلعي
في معرض الجواب بعزل
عن هذا التقرير مع أنه
لا يصلح جواباً عما ذكر في
الأصل بل هو وتحقيق
وتفصيله وكيف لا واللازم
منه وجوب الضمان على
السائق وهو قد صح عدم

وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان قال (وإذا اصطدم فارسان فماتت على عاقلة كل واحد منهما دابة الآخر) وقال زفر والشافعي يجب على عاقلة كل واحد منهما انصف دابة الآخر لما روى ذلك عن علي رضي الله عنه ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمة لم تقصده وصاحبه فيه در نصفه ويعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمداً أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حفر على قارعة الطريق بترافقهما وعليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولأن الموت يضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستنداً للاضافة في حق الضمان كالمشي إذا لم يعلم بالبيتر ووقع فيها لا يهدر شئ من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحاً لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم إذا انقلب على غيره وروى عن علي رضي الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما ما كل الدابة فتعارضت روايتاه فربما بما ذكرناه وفيما ذكر من المسائل الفعلان مخطوران فوضح الفرق

عما أصابت بيدها أيضاً فينبغي أن لا يضمنه أيضاً فليتأمل في الجواب (قوله وإذا اصطدم فارسان فماتت على عاقلة كل واحد منهما دابة الآخر) قال في النهاية وفي تقييد الفارسين في الكتاب بقوله وإذا اصطدم الفارسان ليست زيادة فائدة فان الحكم في اصطدام الماشيين وموتهما بذلك كذلك ذكره في المبسوط سوى ان موت المصطدمين في الغالب انما يكون في الفارسين اهـ وقال في العناية أخذ من النهاية حكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في الفارسين خصهما بالذكور اهـ وقال في معراج الدابة وكذا الحكم إذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسين اتفاقاً أو بحسب الغالب اهـ ونسبه السارح العيني أقول عجيب من هؤلاء الشراح مثل هذه التعسفات مع كون وجه التقييد بالفارسين تيراً فان الباب الذي نحن فيه باب جنابة البهيمة والجنابة عليها ولا ينبغي ان اصطدام الماشيين ليس من ذلك في شئ فكان خارجاً من مسائل هذا الباب (قوله وروى عن علي رضي الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما ما كل الدابة فتعارضت روايتاه فربما بما ذكرناه) قال في العناية أخذ من هذا

الوجوب فهذا من مثله غريب (قوله لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في الفارسين خصهما بالذكور) أقول هذا

ولعل الأولى أن يقال انما خصهما بالذكور لأن اصطدام الماشيين ليس من هذا الباب لعدم تعلقه بالهيمة قال المصنف (فتعارضت روايتاه فربما بما ذكرناه) أقول فيه بحث من وجهين أحدهما أن الخصم أيضاً ترجع جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما يصلح حجة لم يصلح مرجحاً والجواب عن الأول أن ما ذكره منقوض بالواقع في البيتر عيشه فيكون فاسداً وعن الثاني أن القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة كذا في شرح أدل الدين وشرح شاهان وقال صاحب الكفاية فان قيل القياس لا يصلح مرجحاً لانه علة ثبت بها الحكم والترجيح انما يكون بما ليس بعلة قلنا معناه فتعارضت روايتاه فتساقتنا فربما قولنا بما ذكرناه من الدليل أو نقول القياس انما يكون علة عند عدم النص فأما عند وجود النص فلا يصلح علة وههنا النص موجود فاذا لم يصح علة يصح به الترجيح أو نقول ما روى أنه أوجب النصف محمول على ما إذا كانا عامدين حيث يجب نصف دية كل واحد منهما في المدعى عاقلة كل واحد منهما عندنا أيضاً انتهى

وفيه بحث من وجهين أحدهما ان الخصم أيضا تخرج جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما صلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول ان ما ذكره منقوض بالواقع في البئر يشبه فيكون فاسدا وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة وقوله (وفيما ذكر) جواب عن المسائل المذكورة في جهتهما وذلك لان الفعل لما كان محظورا كان موجبا للضمان ولكن لم يظهر في حق نفسه لعدم الفائدة فسقط ايجابه الضمان في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية وأما فيما نحن فيه فالنسي مباح (٣٤٩) محض فلم ينقدد موجبا للضمان في حق نفسه أصلا فكان

صاحبه قاتلا له من غير معارضة أحد له في قتله فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الآخر كمن مشى حتى سقط في البئر ضمن الحافر وان كان السقوط بالحفر والمشى جميعا لكن لما كان المشى مباحا لم يعتبر وقوله (هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطا) أي وجوب تنصيف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما وفي الخطا الدية الكاملة على ما ذكر في الكتاب الا أنه ذكر الخطأ في وضع المسئلة والعمد في بيان قول الخصم وقوله (فياخذها) أي قيمة العبد وورثة المقتول الحرقيل ينبغي أن تسقط عن العاقلة لان الدية أولا تثبت للبيت لا محالة والورثة يخلفونه والعاقلة يتحملون ههنا ويجب

هذا الذي ذكرنا اذا كنا حرين في العمد والخطا ولو كانا عبيدين يهدر الدم في الخطا لان الجناية تعلقت برقبته دفعا ودفعا وقد فأت لا الى خاف من غير فعل المولى فهو ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطا تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فباخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان أصل أبي حنيفة ومحمد تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الادنى نقدا خلف بدلا بهذا القدر فباخذها ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة قال (ومن ساق دابة فوق السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كالاجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها) لانه متعد في هذا السبب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشدا والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يستد في العادة ولانه قاصد لحفظ هذا الاشياء كافي المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل في قيد بشرط السلامة قال (ومن قاد قطارا فهو ضامن لما أوطأ فان وطئ بعير انسا ناضم به القائد والدية على العاقلة) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعد بالانقصير فيه والسبب بوصف التعدى سبب للضمان الا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله (وان كان معه سائق فالضمان عليهما) لان فائدة الواحد فائدة الكل وكذا سائقه لانصال الأزمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل أما اذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه وبضمنان ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خاف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قد دامه

شرح تاج الشريعة فيه بحث من وجهين أحدهما ان الخصم أيضا تخرج جانبه بما ذكره من المعنى والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما صلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول ان ما ذكره منقوض بالواقع في البئر يشبه فيكون فاسدا وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة اه أقول ان الجواب عن الثاني بما ذكر ليس بشئ لان القياس انما لا يصلح حجة في مقابلة النص اذا لم يكن ذلك النص متروكا العمل به بأن عارضه نص آخر وأما اذا كان متروكا العمل به بأن عارضه نص آخر ونساقط كما فيما نحن فيه فالقياس يصلح حجة في مقابله قطعا لا يرى الى ما تقر في أصول الفقه ان الدليلين اذا تعارضوا تساقطا يصار من الكتاب الى السنة ومن السنة الى القياس وقول الصحابي ان أمكن ذلك ولو كان القياس لا يصلح فيه حجة في مقابلة النص الذي ترك العمل به لما صح المصير من السنة عند التعارض والتساقط الى القياس ان يكون القياس انذاك في مقابلة السنة لا محالة والصواب

جنايته فلما ملك الميت ما تحمله العاقلة تسقط عنهم كما قلنا في امرأة قطعت يدا رجل خطا فتر وجهها على اليد وما يحدث منه فان الدية نصير مهرا وتسقط عن العاقلة وأجيب بأن السقوط انما يكون فيما اذا كان الراجع هو الجاني وههنا الراجع وارثه فبالنظر الى أن المستحق أولا هو الجاني يسقط وبالنظر الى أن الراجع غيره لا يسقط فلا يسقط بالسئل والباقي واضح وقوله (لانه قاصد لحفظ هذه الاشياء) يعني السرج وسائر الادوات كافي المحمول على عاتقه اذا وقع على شئ فأنلفه فانه يجب الضمان بخلاف اللباس فانه لا يقصد حفظه وقوله (على ما مر من قبل) أي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق وقوله (ومن قاد قطارا) القطار الابل تقطر على نسق واحد والجمع قطروا كلامه واضح

قال (وان ربط رجل بعير الى القطار الخ) رجل ربط بعير الى قطار يقوده رجل فاما ان يعلم بربطه القائد اولم يعلم فان كان الثاني وقد وطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لامكان تحرزه عن ربط الصغير فاذا ترك ذلك صار منسبباً متعدي والدية في مثله على العاقلة كما في القتل الخطا ثم يرجع عاقلة القائد بما ضمنوا من الدية على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة كذا في الجامع الصغير ووقع في رواية المبسوط ضمن القائد ثم يرجع على الذي ربط البعير ووفق الامام المحمدي رحمه الله بينهما بأنه اعتبر في المبسوط حقيقة الضمان (٣٥٠) فانه في الحقيقة على القائد والرابط الا ان العواقل تعقل عنه ما واعتبر في الجامع

قال (وان ربط رجل بعير الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية) لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعدي في التسبب الدية على العاقلة كما في القتل الخطا (ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط) لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهم في الابتداء وكل منهما مسبب لان الرابط من القود بمنزلة التسبب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الرابط قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لانه امر بالقود دلالة فاذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط والابل قيام ثم قادهما ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحاً ولا دلالة فلا يرجع بمالحقه عليه قال (ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا فاصابت في فورها ضمنه) لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق قال (ولو ارسل طيرا وساقه فاصابت في فور لم يضمن) والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو ارسله الى صيد ولم يكن له سائقا فآخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق ان البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيرها هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطيد فاضيف الى المرسل لان الاصطيد مشروع ولا طريق له سواء ولا حاجة في حق ضمان العدوان وروى عن أبي يوسف انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطاً بصيانة لاموال الناس قال رضي الله عنه وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصابت في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه مادامت تسير على سننها ولو انعطفت بمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواء وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطيد ثم سارت فآخذت الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لم يمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسال

في الجواب عن الثاني ان يقال مراد المصنف بقوله فربحنا بما ذكرنا اننا نرجحنا قولنا بما ذكرناه من المعقول الذي ما له القياس بعد ان تعارضت روايتاه لا اننا نرجحنا احدهما والرايتين عما ذكرناه من الدليل العقلي حتى يتجه عليه ان ما يصلح حجة لا يصلح مرجحاً بنى ههنا شيئاً وهو انهم صرحوا بان ما ذكره زفر والشافعي جواب القياس وما قلناه جواب الاستحسان واذا تعارضت الروايتان عن علي رضي الله عنه وتساقطتا فكان مصيرنا في انبات قولنا الى ما ذكرناه من المعقول الذي ما له القياس لزم ان يكون ما قلناه جواب القياس أيضاً فامعنى قولهم انه جواب الاستحسان والجواب ان الاستحسان لا ينحصر في النص بل قد يكون بالنص كما في السلم والابارة وبقاء الصوم في النسيان وقد يكون بالاجماع كما في الاستصناع وقد يكون بالضرورة كما في طهارة الحيض والا بار وقد يكون بالقياس الخفي وهو الاكثر كما صرح بذلك كله في كتب الاصول فالمراد بالاستحسان في قولهم هنا وما قلناه جواب الاستحسان

الصغير حال الضمان وقراره وهو على العاقلة وان كان الاول لم يرجعوا الى القائد حين علم بالرابط فقد رضي بما يلحقه من الضمان فلا يرجعون عليه - م - شئ ولم يذكره لظهوره وقوله (وانما لا يجب الضمان عليهم ما ابتداء) ظاهر وقوله (قالوا) يعني ان لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسير والوقوف والمشاخ رجحهم الله قالوا هذا أي رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط اذا ربط والقطار يسير اما اذا ربط والابل قيام ثم قادهما فانه يضمنها القائد بل ارجوع على أحد والوجه ما ذكره في الكتاب وقوله (ومن ارسل بهيمة) يريد كلبا لقوله بعده وكذا لو ارسل كلبا ومعنى سوقه اياه ان يمشي خلفه (ولو ارسل طيرا) أي باز ياوساقه فاصاب في فور به بان قتل صيدا مملوكا لم يضمن المرسل السائق لعدم اعتبار

السوق والارسال فيه في حق الضمان حتى لو كان ذلك في الحرم وقتل صيدا الحرم لم يلزمه شئ وقوله (انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق سواه) أي سوى طريق النبي واليسري بأن كان على الجادة ماء أو وحل فحينئذ لا ينقطع حكم الارسال كالم لا ينقطع عنه ويسرة وقوله (وكذلك اذا وقفت ثم سارت) أي ينقطع حكم الارسال وقوله (وهذه) أي وقفة الدابة تنافي مقصود المرسل وهو السير فان مقصوده من الارسال هو السير لا الوقوف

(قوله بأن كان على الجادة ماء أو وحل الخ) أقول فيه بحث

وقوله (وبخلاف) معطوف على قوله بخلاف ما اذا وقعت لان حكمها مخالف لحكم أصل المسئلة وتبين به الفرق بين الإرسالين كما بين بقوله بخلاف ما اذا وقعت الفرق بين الوقفتين وقوله (على فوره) أي فور الإرسال وهو أن لا تميل عينا ولا شمالا وقوله (لماصر) إشارة إلى قوله انقطع حكم الإرسال وقوله (قال محمد رحمه الله هي المنقلة) أي الجماء (٣٥١) التي أهدر النبي صلى الله عليه وسلم فعلها هي

المنقلة لا التي أرسلت فان افسادها اذا كان في فور الإرسال ليس بجبار كما ذكرنا آنفا فكان تفسيره احترازا عن الاجراء على عمومه وقوله (من الإرسال واخوانه) يعني السوق والقود والر كوب قال في النهاية كان من حق

وبخلاف ما اذا أرسله الى صيد فأصاب نفسه أو مالا في فوره لا يضمنه من أرسله وفي الإرسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه أما الإرسال للاصطياد فباح ولا تسبب الا بوصف التعدي قال (ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعاً على فوره ضمن المرسل وان مالت عينا أو شمالا وله طريق آخر لا يضمن لماصر ولو انقلبت الدابة فأصاب مالا أو آدمياً لا أو نهاراً الا ضمان على صاحبها) اقوله عليه الصلاة والسلام جرح الجماء جبار وقال محمد رحمه الله هي المنقلة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الإرسال واخوانه قال (شاة لقصاب فقئت عينا ففهم ما نقصها) لان المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان (وفي عين بقرة الجزر اربعون ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس) وقال الشافعي فيه النقصان أيضا اعتبارا بالشاة

هو القياس الخفي المقابل للقياس الجلي فلا اشكال (قوله أما الإرسال للاصطياد فباح) قال بعض الفضلاء نعم الا أنه لم لا يكن مقيدا بشرط السلامة اه أقول جوابه يظهر بقول المصنف رحمه الله ولا تسبب الا بوصف التعدي فان كون الفعل المباح مقيدا بشرط السلامة انما هو فيما وجد فيه التعدي كما في المرور في طريق المسلمين حيث يوجد فيه شغل الطريق الذي هو حق العامة وأما فيما لا يوجد فيه التعدي كما في الإرسال للاصطياد فلا معنى للتقييد بشرط السلامة لان الضمان في أمثال ذلك انما يتصور بالتسبب ولا تسبب الا بوصف التعدي وحيث لم يوجد التعدي لم يتصور التسبب فلا ضمان أصلا وقد أوضح الفرق بين إرسال الدابة في الطريق وبين إرسال الكلب أو البازي للاصطياد في الذخيرة حيث قال وجه الفرق ان إرسال الدابة في الطريق اذا لم يتبع مع الدابة وأمكنه الاتباع تعد من صاحبه فمات تولد منه يكون مضمونا عليه وأما إرسال الكلب أو البازي من غير اتباع معه فليس بتعد منه لانه لا يمكنه الاتباع والتسبب في الاتلاف لا يضمن الا اذا كان متعديا اه تبصر (قوله ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الإرسال واخوانه) وهي السوق والقود والر كوب كذا في عامة الشروح وقال في النهاية بعد بيانها على النمط المزبور كان من حق اللفظ أن يقول من الإرسال وأمثاله أو يقول من الإرسال واخوانها بتأويل الكلمة اذا السوق أو القود لما كان اختلا لا أخا للإرسال كان الإرسال اختلا أيضا ولا يلزم جعل بعض أسباب التعدي أخا وبعضها اختتام غير دليل اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية وليس بشيء لانه ليس هنام مؤثت معنوى خوفا فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك اه أقول ليس هذا بدافع لما قاله صاحب النهاية فانه لم يقل كان من حق اللفظ أن يؤتى بأداة التانيث البتة حتى يقال ليس هنام مؤثت معنوى يقتضي الاتيان بأداة التانيث بل قال كان حقه أن يجعل أسباب التعدي في قرن واحد من التذكير والتانيث بأن يقال من الإرسال وأمثاله أو يقال من الإرسال واخوانها ولا يلزم جعل بعضها مذكرا وبعضها مؤثتا من غير أمر يدعو اليه وما ذكره صاحب العناية لا يدفع ذلك لاحتمال ثم أقول الوجه في دفع ذلك أن يقال لما جازت ذكرا كل واحد من تلك الأسباب باعتبار ما في ظاهر لفظ كل واحد منها وفي معناه من التذكير وجازت تانيث كل واحد منها بتأويل لفظه بالكلمة أو تأويل معناه بالفعل

والر كوب ففيه ربع القيمة كما في الذي لا يؤكل لحمه كالبغل والحمار وقال الشافعي رحمه الله فيه النقصان واعتباره بالشاة عمل بالظاهر قال المصنف (أما الإرسال للاصطياد فباح) أقول نعم الا أنه لم لا يكون مقيدا بشرط السلامة (قوله أو يقول من الإرسال واخوانها بتأويل الكلمة) أقول الاظهر بتأويل الفعل لا ذليلا المراد بالإرسال واخوانها اللفاظ بل معانيها (قوله والر كوب) أقول البقر ما خلقت للر كوب والحمل الا أن يقال لا فائل بالفصل بين البقر والابل

ولنا ما روى خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب ذلك وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بذلك
 قتر كنا القياس فان قيل يجوز أن يكون قضا رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب أن المعنى الذي أوجب ذلك في
 غير المأ كول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في مأ كول اللحم فيلحق به وقوله (ولان فيها مقاصد سوى اللحم) دليل
 معقول على ذلك وهو واضح وفيه (٣٥٣) إشارة إلى الجواب عن القياس على الشاة فان المقصود منها اللحم وفق العين لا يفوته بل

هو عيب يسير فيلزم نقصان
 المألة وقوله (ولانه انما
 يمكن إقامة العمل بها) دليل
 آخر وهو أيضا واضح لكن
 الاعتماد على الأول لأن ترى
 ان العينين لا يضمنان بنصف
 القيمة كذا قاله نحر الاسلام
 رحمه الله وانما قال ذلك لان
 الممول به في هذا الباب
 النص وهو ورد في عين
 واحدة فيقتصر عليه وقوله
 (أو نخسها) يعني بغير اذن
 الرأكب والنخس هو الطعن
 ومنه نخس الدواب دلالتها
 فان قيل القياس يقتضي
 أن يكون الضمان على
 الرأكب لكونه مباشرا وان
 لم يكن متعديا لان التعدي
 ليس من شرطه فان لم
 يختص به فلا أقل من الشركة
 فالجواب أن القياس يترك
 بالآثر وفيه أثر عروا بن
 مسعود رضي الله عنهما وقد
 أشار المصنف رحمه الله إلى
 الجواب بقوله ولان الرأكب
 والمركب مدفوعان بدفع
 الناحس لان فعل الرأكب
 قد انتقل إلى الدابة لان
 الوثبة المهلكة انما كانت
 منها فكان مضطرا في حركته

ولنا ما روى ان النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه
 ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الأدي وقد
 تمسك لاد كل من هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الأدي في إيجاب الربع وبالشبه
 الآخر في نفي النصف ولانه انما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها
 ذات أعين أربعة فيجب الربع بقوات أحدها قال (ومن سار على دابة في الطريق فضر به رجل
 أو نخسها فنفت رجل أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناحس دون الرأكب)
 هو المروى عن عمرو بن مسعود رضي الله عنهما ولان الرأكب والمركب مدفوعان بدفع الناحس
 فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده

صح في كل واحد منها الوجهان ثم ان المصنف لما قصد رعاية صناعة المطابقة وهي الجمع بين
 المتضادين كما في قوله تعالى ولكم في القصاص حياة على ما عرف ذكر بعض تلك الأسباب وأنت بعضها
 فقال من الارسال وأخواته تدبر تنقف (قوله ولنا ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين
 الدابة بربع القيمة) قال في العناية فان قيل يجوز أن يكون قضا رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما
 لا يؤكل لحمه فالجواب ان المعنى الذي أوجب ذلك في غير المأ كول من الحمل والركوب والزينة والجمال
 والعمل موجود في مأ كول اللحم فيلحق به اه أقول في الجواب نظرا لما منع أن يمنع ان المعنى الذي
 أوجب ذلك في غير مأ كول اللحم تلك الامور المذكورة وحدها يجوز كون أن لا يقصد منه اللحم أصلا
 كما يقصد ذلك من الشاة داخل في كون ذلك المعنى أيضا وهو غير موجود في مأ كول اللحم اذ قد يقصد
 منه اللحم كما يقصد تلك الامور المذكورة أيضا فلا يتم الاتحاق كما لا يخفى (قوله ولان فيها مقاصد سوى
 اللحم الخ) أقول فيه كلام أما أولا فلا ن هذا الدليل لا يتم في غير مأ كول اللحم كالحمار والبغل
 والفرس بل هو بحكم انعكاسه يقتضي أن يكون الجواب في غير مأ كول اللحم غير الجواب في مأ كول
 اللحم مع ان الجواب فيهما متحد وان كلامهما داخل في المدعى هنا وأما ثانيا فلا ن قوله بشبه الأدي
 في إيجاب الربع يعني عملنا بشبه الأدي في إيجاب الربع ليس بواضح لان شبه الأدي لا يقتضي إيجاب
 الربع بل يقتضي إيجاب النصف لان الواجب في الأدي في الجنابة المزبورة هو النصف وانما المفتضى
 لإيجاب الربع مجموع الشبهين كيف ولو كان المفتضى لإيجاب الربع شبه الأدي فقط لما احتج
 إلى العمل بالشبه الآخر كما لا يخفى فالظاهر في الادعاء أن يقال فعملنا بالشبهين بشبه الأدي في إيجاب
 المقدار من غير اعتبار النقصان وبالشبه الآخر في نفي النصف الواجب في عين الأدي فوجب الربع
 عملهما وقد أشار إليه صاحب الكافي حيث قال فأشبه الانسان من وجهه والشاة من وجهه فوجب
 تنصيف التقدير الواجب في الانسان عملهما ما اه نعم مراد المصنف أيضا هذا المعنى اكن عبارته
 لا تساعده كما ترى (قوله ولان الرأكب والمركب مدفوعان بدفع الناحس فأضيف فعل الدابة إليه
 كأنه فعله بيده) أقول برده عليه ما ذكره فيما مر في مسئلة السائق والقائد جوابا عن الشافعي بقوله

(قوله والجمال والعمل

موجود الخ) أقول فيه بحث (قوله فان قيل القياس يقتضي أن يكون الضمان على الرأكب لكونه مباشرا) ولان
 أقول ممنوع بل سبب هنا وجوز أن يقال أشار إلى هذا الشارح بقوله ان فرض مباشر فلا يصح (فأضيف فعل الدابة إليه
 كأنه فعله بيده) أقول مخالف لما أسلفه في هذا الباب مجيبا عن الشافعي وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكروه وهذا تخويف
 بالضرب تأمل

وفعل الدابة قد انتقل الى الناحس لكونه الحامل لها على ذلك لمجاها فكان الناحس بمنزلة الدافع للدابة والراكب معا على ما فعل في الدابة والمدفوع الى الشيء وان كان مباشرا لا يعتبر مباشرا كافي الا كراء الكامل فلا يجب عليه جزاء المباشرة ان فرض مباشر او لا التسبب ايضا لانه يعتمد التعدي وهو مفقود فان قبل ما بال النجعة اوجبت الضمان على الناحس دون الراكب والسائق ايضا عند أكثر المشايخ رحمهم الله وهي مما لا يمكن التصرع عنها فالجواب انها لا توجه على السائق اذا كان بالاذن وههنا بلا اذن فلو نجح وهو ما ذون كان سائقا وامكان التصرع انما يمكن في حق غير المتعدي وغير المأذون بذلك منه فلا يعتبر وقوله (ولان الناحس متعدي في تسببه) دليل آخر وفيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي (٣٥٣) ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بهذا الدليل الاول ويمكن أن يجاب عنه بأن الراكب مباشر فيما اذا انلفت بالوطء لانه يحصل التلف بالنقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفع بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين وترجع الناحس في التغريم للتعدي وفي استعمال الترجيح ههنا تسامح لان شرطه اذا كان مفقودا لا يصلح معارضا حتى يحتاج الى الترجيح ولعل معناه اعتبر موجبا في التغريم لان الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب وارادة المسبب وقوله (لما بيناه) اشارة الى قوله ولان الراكب والمركب مدفوعان وفي النهاية هو قوله لانه متعدي في تسببه وليس بشئ فتأمل وقوله (والواقف

ولان الناحس متعدي في تسببه والراكب في فعله غير متعدي فترجع جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناحس نصفين لانه متعدي في الايقاف ايضا قال (وان نجت الناحس كل دمه هـ درا) لانه بمنزلة الجاني على نفسه (وان القاتل الراكب فقتله كان دينه على عاقلة الناحس) لانه متعدي في تسببه وفيه الدية على العاقلة قال (ولو ثبت بنحسه على رجل او ووطئه فقتله كان ذلك على الناحس دون الراكب) لما بيناهم الواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن أبي يوسف انه يجب الضمان على الناحس والراكب نصفين لان التلف حصل بنقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف الى الناحس فيجب الضمان عليهما وان نجحها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نجحها ولا ضمان عليه في نجاتها لانه امره بما يملكه اذا نجح في معنى السوق فصم امره به وانتقل اليه معنى الامر

وانتقال الفعل بتخويف القتل كافي المكروه وهذا تخويف بالضرب وجه الورود غير خاف على الفطن الناظر في المقامين (قوله ولان الناحس متعدي في تسببه والراكب في فعله غير متعدي فترجع جانبه في التغريم للتعدي) قال صاحب العناية فيه نظرا لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بهذا الدليل الاول ويمكن أن يجاب عنه بأن الراكب مباشر فيما اذا تلف بالوطء لانه يحصل التلف بالنقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفع بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين وترجع الناحس في التغريم للتعدي اه كلامه أقول في الجواب نظرا لان حاصلة اختيار الشئ الاول من التردد ومنع كون الراكب مباشرا فيما نحن فيه فيصير حينئذ مدار هذا الدليل أن يكون فعل الراكب معتبرا فيلزم أن يكون مضمون هذا الدليل منافيا لمضمون الدليل المتقدم عليه لان مداره أن لا يكون فعل الراكب معتبرا لكونه مدفوعا بدفع الناحس فيندفعان اللهم الا أن يحمل أحدهما على الفرض والاخر على التحقيق فتأمل (قوله وان نجحها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نجحها ولا ضمان عليه في نجاتها لانه امره بما يملكه اذا نجح في معنى السوق فيصم امره به وانتقل اليه معنى الامر) أقول لقائل أن يقول هب ان الناحس في معنى السوق وان الراكب كان يملكه فأمر الناحس به لكن الامر به انما يتناول من حيث انه سوق لا من حيث انه اتلاف كما سيبيج التصريح به في المسئلة الآتية فن حيث انه اتلاف ينبغي أن يقتصر على الناحس ولا ينتقل الى الراكب فيجب على الناحس الضمان

(٤٥ - تسكمه نامن) في ملكه والذي يسير في ذلك سواء) يعني يجب الضمان على الناحس في كل حال وفيه يملكه احتراز اعماء تقدم من الايقاف في غير الملك فانه يتنصف الضمان ههنا على عاقلة ما وقوله (والثاني) أي الوطاء (مضاف الى الناحس) لانه كالسائق لها والسائق مع الراكب يضمنان ما ووطئته الدابة وهذه رواية ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهم الله

(قوله ههنا تسامح لان شرطه الخ) أقول أي شرط سببية فعل الراكب للضمان وهو التعدي والضمير راجع الى فعل الراكب والشرط ليس شرطه نفسه بل لا اعتبار به في التغريم فيقول المعنى الى ما ذكرنا (قوله لا يصلح معارضا) أقول أي لا يصلح فعل الراكب معارضا لفعل الناحس (قوله ولعل معناه الخ) أقول فيه بحث (قوله وليس بشئ فتأمل) أقول لورود النظر المذكور آنفا

وقوله (مضاف اليهما) أي إلى الراكب والناخس وفي بعض النسخ إليها أي إلى النخسة وقوله (ولا يتناولونه من حيث أنه اتلاف) لوجود انفصال السوق عن الاتلاف فليس عينه ولا من ضروراته وقوله (يقتصر عليه) أي على الناخس لأن الراكب أذن له بالسوق لا بالابطاء والاتلاف وقوله (والركوب وإن كان علة) جواب سؤال تقريره الراكب صاحب علة للوطء على معنى أنه يستعمل رجل الدابة في الوضع والرفع فكان ذلك (ع ٣٥) بمنزلة فعل رجله حقيقة ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناخس والناخس صاحب شرط في حق فعل الوطء والاضافة إلى العلة

أولى ووجهه أن الركوب وإن كان علة للوطء لكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء فكان الوطء ثابتا بعلمين فيجب الضمان عليهما وقد مثل لذلك بما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله (وصار كما إذا أمر صبيًا بتمسك) انما قيد بذلك لأنه إذا لم يمسك فلا ضمان على أحد أما على الصبي فلان مسكه بمنزلة الحمل على الدابة فلا يضاف السير إليه وأما على الرجل فإنه لم يسيرها وإذا لم يصف سيرها إلى أحد كانت منفصلة وفعلها جبار وقوله (والناخس إذا كان عبدا) يعني ونخس بغير إذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها أو يفقدى والباقي ظاهر إلى آخره والله أعلم

قال المصنف (إذا كانت في فورها الذي نخسها) أقول قوله الذي يدل من الضمير المضاف إليه وتذكير اسم الموصول

قال (ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس بإذن الراكب فالدية عليهم انصفين جميعا إذا كانت في فورها الذي نخسها) لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناولونه من حيث أنه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وإن كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء وبهم لا يترجح صاحب العلة كمن جرح إنسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهم لما أن الحفر شرط علة أخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الإبطاء لأنه فعله بأمره وقيل لا يرجع وهو الأصح فيما أراه لأنه لم يأمره بالإبطاء والنخس ينقل عنه وصار كما إذا أمر صبيًا بتمسك على الدابة بتسييرها فوطئت إنسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الأمر لأنه أمره بالتسيير والإبطاء ينقل عنه وكذا إذا تناول سلا حافقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الأمر ثم الناخس انما يضمن إذا كان الإبطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا إليه وإذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لا تقطاع أثر النخس فبقي السوق مضافا إلى الراكب على الكمال (ومن قاد دابة فنخسها رجلا فانفلتت من يد القائد فأصاب في فورها فهو على الناخس وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره) لأنه مضاف إليه والناخس إذا كان عبدا فالضمان في رقبته وإن كان صبيًا ففي ماله لانهم ماؤاخذان بفاعلهما (ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفتحت إنسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء) لأنه متعبد بشغل الطريق فأضيف إليه كأنه نخسها بفعله والله أعلم

لتعديده في الاتلاف كما في المسئلة الآتية فتفكر في الفرق ولعله تسكب فيه العبرات (قوله ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس بإذن الراكب فالدية عليهم ما جميعا إذا كانت في فورها الذي نخسها) لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما) أقول ولتقابل أن يقول الراكب مباشر فيما أتلف بالوطء لحصول التلف بثقله ونقل الدابة جميعا كما صرح جوابه والناخس مسبب كما مر في الكتاب وإذا اجتمع المباشر والمسبب فلاضافة إلى المباشر أولى كما صرح جوابه سيما في مسألة الراكب والسائق فبالهـم خروا هنا باضافة الفعل إلى الراكب والناخس معا وحكموا بوجوب الدية عليهم ما جميعا فتدبر (قوله والاذن يتناول فعله من حيث السوق ولم يتناولونه من حيث أنه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه) قال في النهاية أي يقتصر الضمان على الناخس أقول ليس هذا بشرح صحيح انما مقتضى هذا الوجه وهو جينية كون فعل الناخس اتلافاً أن يكون الناخس متعديا بكونه مسببا لجناية الدابة ولا يلزم منه أن لا يوجد هناك مسبب آخر أو مباشر حتى يلزم اقتصار الضمان على الناخس وقد وجد في مسئلتنا أن الراكب فيها مباشر ولا أقل من أن يكون أيضا مسببا فلا يقتصر الضمان على الناخس بل يجب عليه وعلى الراكب جميعا كما هو جواب المسئلة فالصواب أن مراد المصنف بقوله فمن هذا الوجه يقتصر عليه أي فمن هذا الوجه يقتصر فعل الناخس وهو النخس على الناخس أي لا ينتقل إلى الأمر وهو الراكب كما ينتقل إليه من وجه آخر وهو جينية كونه سوفا كما في المسئلة الأولى فيئتخذ ينتظم الكلام ويتم المرام كما لا يخفى على ذوي الأفهام (قوله والناخس إذا كان عبدا فالضمان في رقبته) قال في العناية قوله

بنوع تأويل أو صفته على مذهب الكسائي (قوله يعني ونخس بغير إذن الراكب الخ) أقول فيه بحث فانه إذا كان التلف بالوطء في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه على ما صرح جوابه إذا كان النخس بإذن الراكب قال العلامة السكاكي الآن المولى يرجع على الأمر بالاقول من قيمة العبد ونصف الدية لأنه صار غاصبا للعبد باستعماله إياه في نخس الدابة وإذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع على المستعمل له اهـ

(باب

باب جنابة المملوك والجنابة عليه

لما فرغ من بيان أحكام جنابة المالك وهو الحر والجنابة عليه شرع في بيان أحكام جنابة (٣٥٥) المملوك وهو العبد وأخبره لا يخطأ

رتبه عن رتبته لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمه فكيف آخر باب جنابته عن باب جنابة البهيمه لان جنابة البهيمه كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد وهم مملوك قال (واذا جنى العبد جنابة خطأ) اعلم أن التقيد بالخطأ هنا مفيد في الجنابة في النفس لانه اذا كان عدا يجب القصاص وأما فسادون النفس فلا يفيد لان خطأ العبد وعدمه فسادون النفس سواء فانه يوجب المال في الحالين اذ القصاص لا يجري بين العبد والعبد ولا بين العبيد والاحرار فسادون النفس وقوله (قيل لمولاه اما تدفعه بها أو تقسده) يعني بعد الاستيفاء فانه لا يقضى على المولى بشئ في ذلك حتى يرى المجنى عليه اعتبارا بجنابة العبد بجنابة الحر وقصدنا انه يستأنى في جنابة الحر لان موجبها يختلف بالسراية وعدمها والقضاء قبل الاستيفاء قضاء بالمجهول وهو لا يجوز وقوله (وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق) فعنده الوجوب على العبد فيتبعه المجنى عليه بعد العتق واعتدنا

باب جنابة المملوك والجنابة عليه

قال (واذا جنى العبد جنابة خطأ قبل لمولاه اما أن تدفعه بها أو تقسده) وقال الشافعي جنابته في رقبته يباع فيها الا أن يقضى المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق

والناخس اذا كان عيدا يعق ونخس بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها أو يفدى اه وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه اذا كان التلف بالوطء في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عتق العبد نصف الدية يدفع مولاه أو يفديه على ما صرحوا به اذا كان النخس باذن الراكب اه أقول بجخته ساقط فان مراد صاحب العناية ان جواب هذه المسئلة على وجه الاطلاق من غير تفصيل كما ذكر في الكتاب انما هو فيما اذا نخس بغير اذن الراكب لانه لا يتصور كون الضمان في رقبته في شئ من الصور الا اذا كان نخس بغير اذن الراكب لانه يتصور حتى يتجه عليه ان في صورة التلف بالوطء في فور النخس يجب على عاقلة الراكب نصف الدية وفي رقبته العبد نصفها اذا كان النخس باذن الراكب كما صرحوا به ويرشد الى كون مراد صاحب العناية ما ذكرناه ان صاحب النهاية وغيره قالوا في شرح قول المصنف والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته هذا اذا نخسه بغير اذن الراكب وأما اذا نخسه باذن الراكب فلا يخلو اما ان كانت من الدابة نفخة أو ووطء فقد ذكر حكمها في المبسوط وقال اذا كان الرجل يسير في الطريق فأمر عبدا الغير فنخس دابته فنخس فلا ضمان على واحد منهما لان فعل المأمور كفعل الأمر عبدا كان المأمور أو حرا وان وطئت في فور هذلك انسانا فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عتق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه بمنزلة السائق مع الراكب الا أن المولى يرجع على الأمر بالقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه في نخس الدابة فاذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع به على المستعمل اه تأمل

باب جنابة المملوك والجنابة عليه

لما فرغ من بيان أحكام جنابة المالك وهو الحر والجنابة عليه شرع في بيان أحكام جنابة المملوك وهو العبد وأخبره لا يخطأ رتبة العبد عن رتبة الحر كذا في الشروح أقول فيه شئ وهو ان لقائل أن يقول ما وقع الفراغ من بيان أحكام جنابة الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم جنابة الحر على العبد وهو انما يتبين في هذا الباب وكذا ما وقع الفراغ من بيان أحكام الجنابة على الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم جنابة العبد على الحر وهو ايضا انما يتبين في هذا الباب فلا يظهر أن يقال لما فرغ من بيان جنابة الحر على الحر شرع في بيان جنابة المملوك والجنابة عليه ولما كان فيه تعلق بالمملوك التمس من جانب آخره لا يخطأ رتبة المملوك عن المالك ثم قال صاحب العناية لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمه فكيف آخر باب جنابته عن باب جنابة البهيمه لان جنابة البهيمه كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد وهم مملوك اه أقول فيه ايضا شئ اذ لقائل أن يقول ان اراد ان جنابة البهيمه كانت البتة باعتبار الراكب أو السائق أو القائد فهو ممنوع فان جنابته بطريق النخعة برجلها أو ذنبها وهي تسير لا يكون باعتبار احد منهم والالوجب عليهم الضمان في تلك الصورة وليس كذلك كما عرف في بابها وكذا الحال فيما اذا أصابت يدها أو رجلها حصاة أو فؤاة أو ثارت غبارا أو حجر أصغر افقأ عين انسان أو أفسد ثوبه وكذا اذا انفلتت فأصابت مالا أو آدميا لبلا أو نهرا كما عرف كل ذلك أيضا في بابها وان اراد ان جنابته قد تكون باعتبار احد منهم فهو مسلم ولكن لا يتم به تمام التقريب ويمكن أن يقال الصور التي لا يجب فيها من فعل البهيمه ضمان على أحد بل يكون فعلها هدر اعمالا لا يترتب عليه حكم

الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لانه بالعتق صار مختارا للفداء

باب جنابة المملوك والجنابة عليه

وقوله (والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم) فعن ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبنا قال اذا جنى العبدان شاء دفعه وان شاء فداء وهكذا روى عن علي ومعاذ بن جبل رضي الله عنهما ما وغيرهما وروى عن علي رضي الله عنه مثل مذهبنا قال عبيد الناس أموالهم جزاء جنائيتهم في قيمتهم أي في أثمانهم لأن الثمن قيمة العبد وقوله (فتجب في ذمته) أي في ذمة العبد كفا في الدين فإن الدين في ذمته يكون شاغلا لمالية رقبته يباع فيه (٣٥٦) الآن يقضى المولى دينه كذلك ضمان الجنابة وكذا في الجنابة على المال وفي بعض النسخ

كفا في الذي يعني اذا قتل الذي رجلا خطأ تجب دينه في ذمته لا على عاقلته كفا في اتلاف المال وقوله بعد هذا بخلاف الذي يدل على صحة هذه النسخة وقوله (ولنا أن الأصل الخ) ظاهر وفيه بحث وهو أن الحكم في المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناء على أصل ونحن على أصل فنأين يقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن أن يقال الشافعي رحمه الله جعل موجب جنائيتهم في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجنابة على المال ونحن اذينا الفرق بينهما بقي أصله بلا أصل فبطل وقد بين المصنف رحمه الله ذلك بقوله بخلاف الذي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب في ذمته صيانة الدم عن الهدر وبقوله وبخلاف الجنابة على المال لأن العواقل لا تعقل المال فتجب في ذمته وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستند إلى النص الذي

والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم له أن الأصل في موجب الجنابة أن يجب على المتلف لانه هو الجاني الآن العاقلة تحمل عنه ولا عاقلة له بدلان العقل عندى بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كفا في الدين ويتعلق برقبته يباع فيه كفا في الجنابة على المال ولنا أن الأصل في الجنابة على الآدمي حالة الخطأ أن يتباعد عن الجاني فحرزاعن استئصاله والاحتياط به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجنابة وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة

من أحكام الجنابة في الشرع وانما ذكرت في بابها استطرادا وبناء الكلام هنا على ما له حكم من الأحكام الشرعية فيتم التقريب (قوله والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم) قال في الكافي والكفاية فعن ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبنا وعن عمر وعلي رضي الله عنهما مثل مذهبنا وقال تاج الشريعة عن ابن عباس رضي الله عنهما ما هو مذهبنا وعن عمر وعلي رضي الله عنهما ما هو مذهبنا فانهم ما قالوا عبيد الناس أموالهم وجنائيتهم في قيمتهم أي أثمانهم وقال في غاية البيان روى أصحابنا كالثوري وغيره في كتبهم عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال اذا جنى العبدان شاء دفعه وان شاء فداء وعن عمر رضي الله عنه أنه قال عبيد الناس أموالهم وجنائيتهم في قيمتهم وعن علي رضي الله عنه منله وقال في معراج الدراية روى عن علي رضي الله عنه أنه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جنائيتهم في رقاب الناس كذهبنا وهكذا روى عن ابن عباس ومعاذ بن جبل وأبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنهم وروى عن عمر رضي الله عنه مثل مذهبنا فانه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جنائيتهم في قيمتهم أي في أثمانهم لأن الثمن قيمة العبد اه أقول قد اضطربت كلماتهم في الرواية عن علي رضي الله عنه فبعضهم نقل الرواية عنه مثل مذهب الخضم وبعضهم نقلها عنه مثل مذهبنا كما ترى * ثم أقول قد خالف الكل هنا صاحب البدائع حيث قال ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روى عن علي وعبد الله بن عباس مثل مذهبنا محض من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل الانكار عليهم ما من أحد منهم فيكون إجماعا منهم اه ولا يخفى أنه يخالف قول العامة والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله تعالى عنهم (قوله ولنا أن الأصل في الجنابة على الآدمي في حالة الخطأ أن يتباعد عن الجاني الخ) قال صاحب العناية فيه بحث وهو أن الحكم في المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناء على أصل ونحن على أصل فنأين يقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن أن يقال الشافعي رحمه الله تعالى جعل وجوب موجب جنائيتهم في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجنابة على المال فنحن اذينا الفرق بينهما بقي أصله بلا أصل فبطل وقد بين المصنف ذلك بقوله بخلاف الذي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب في ذمته صيانة الدم عن الهدر وبقوله وبخلاف الجنابة على المال لأن العواقل لا تعقل المال فتجب في ذمته وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستند إلى النص الذي

لا يعقل ابطاله ليس بمقيس على أصل يبطل بإدعاء الفارق على أن قوله أن الأصل في موجب الجنابة أن يجب على المتلف والمولى يبطل أيضا بقولنا الأصل ذلك في موجب الجنابة العمد أو الخطأ أو الأول مسلم ولا يفيد أدا الكلام في الخطأ والثاني عين النزاع وقوله (لانه هو الجاني) غير مفيد لانه يحتاج أن يقول والأصل في الجاني أن يكون موجب جنائيتهم على نفسه لانه المتلف فهو مصادرة على المطلوب

(قوله فعن ابن عباس مثل مذهبنا قال اذا جنى العبد) أقول يعني قال ابن عباس اذا جنى العبد الخ (قوله وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستند إلى النص الذي لا يعقل ابطاله) أقول بل النص يدل على خلافه وهو حديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا الحديث

وقوله (الأنه بخير) استثناء من قوله والمولى عاقلة جواب عما يقال لو كان المولى عاقلة لما كان مخيراً كما في سائر العواقل ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب وتحقيقه أن الخطأ يوجب التخفيف ولما كان في سائر العواقل كثرة ظهور فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يوجب الإجحاف وأما ههنا فالمولى واحد فأظهرناه فيه بآيات الخبر وقوله (غير أن الواجب الأصلي هو الدفع) جواب عما يقال لو وجب الجناية في ذمة المولى حتى وجب التخيير لما سقط بموت العبد كما في الحر الجاني إذا مات (٣٥٧) فان العقل لا يسقط عن عاقلة

ووجهه أن الواجب الأصلي هو الدفع وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة فان الموجب الأصلي فيه جزء من النصاب ولما لا أن ينتقل إلى القيمة (ولهذا) أي ولكون الواجب الأصلي هو الدفع يسقط الموجب بموت العبد لقوات المحل وقوله (في الصحيح) احتراز عن رواية أخرى ذكرها الترمذي رحمه الله أن الدية هو الأصل ولكن للمولى أن يدفع هذا الواجب بدفع الجاني وإنما كان ذلك صحيحاً لما ذكر في الأسرار أن بعض مشايخنا رحمه الله ذكر أن الواجب الأصلي هو الأرش على المولى وله المخلص بالدفع ثم قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد وقوله (بخلاف موت الحر الجاني) جواب عما يذكره ههنا مستشهد به كما ذكرناه آنفاً ووجهه أن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار

والمولى عاقلة لأن العبد يستنصر به والأصل في العاقلة عندنا النصر حتى تجب على أهل الديوان بخلاف الذي لا يتم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لا تعقل المال إلا أنه يخبر بين الدفع والفداء لأنه واحد وفي آيات الخبرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح وهذا يسقط الموجب بموت العبد لقوات محل الواجب وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحر لأن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال (فإن دفعه ملكه ولي الجناية وإن فداء فداء بارشها وكل ذلك يلزمه حالاً) أما الدفع فلا أن التأجيل في الأعيان باطل وعند اختياره الواجب عين

في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته حتى يلزم من بيان الفرق بين المقيس والمقيس عليه أن يبقى مذهبه بالأصل بل مدار دليله على أن لا عاقلة للعبد بناء على أن العقل عنده بالقرابة لا غير وإنما ذكر وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته في ذيل دليله لجرد التنظير كما يرشد إلى ذلك كما تقر بالمصنف فلا يلزم من بيان الفرق بين مسئلتنا وبين ما ذكره بطريق التنظير بقاء أصله بالأصل كما لا يخفى وأما ثانياً فلا أن للشافعي أن يقول أصلنا مستند إلى النص كما أن أصلكم مستند إلى النص وهو ما روى عن عمر رضي الله عنه ليس بمقيس على ما يبطل بإبداء الفرق * ثم أقول الحق في الجواب عن البحث المذكور أن يقال الكلام في تعليل هذه المسئلة من قبيل رد المختلف إلى المختلف وهو أن العاقلة من هي فقال الشافعي هي أهل العشيرة وقلنا هي أهل النصرة وقد ذكر ذلك في أوائل كتاب المعامل مدلاً ومفصلاً وقد قامت لنا حجة على الشافعي هناك فاكتملنا هنا بجعل ذلك المختلف أصلاً لهذا المختلف كما ترى (قوله والمولى عاقلة لأن العبد يستنصر به) قال بعض الفضلاء ليس بخلاف هذا حديث لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً اه وقال صاحب التسهيل يشكك هذا على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن العبد إذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة عنده فلا يصح هذا التعليل على مذهبه اه وذكره أيضاً بعض العلماء في حاشيته على شرح صدر الشريعة للوقاية أخذاً من التسهيل كما هو حاله في أكثر إراداته في تلك الحاشية أقول في الجواب عما ذكره كلهم هنا أن لفظة العاقلة إنما تطلق على الجماعة لا على الواحد كما يفصح عنه كلام الفقهاء وكلمات أهل اللغة أيضاً فان الفقهاء قالوا العاقلة الذين يعقلون أي يؤدون العقل وهو الربية كما سيجي في الكتاب وفي المغرب العاقلة هي الجماعة التي تغرم الدية وهم عشيرة الرجل أو أهل ديوانه أي الذين يرتقون من ديوان على حدة اه وقال في الصحاح وعاقلة الرجل عصبته وهم القرابة من قبل الأب الذين يعطون دية من قتل خطأ وقال أهل العراق هم أصحاب الدواوين اه إلى غير ذلك من المعبريات فإذا تقررت هذه آياتين أن المراد بما في الحديث أن العواقل

كالعبد في صدقة الفطر في أنها تجب عن العبد على المولى ولا تسقط بموت العبد قال (فإن دفعه ملكه ولي الجناية) فإن دفع المولى العبد الجاني ملكه الجاني عليه (وإن فداء فداء بارش الجناية) وكل ذلك يلزمه حالاً أما الدفع فبأن الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظاهر فالتأجيل في الأعيان باطل لأن التأجيل شرع للحصول ترهناً ونحصيل الحاصل باطل

قال المصنف (والمولى عاقلة لأن العبد يستنصر به) أقول ليس بخلاف ما قلنا حديث لا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً (قوله والقسمة على وجه لا يورث الإجحاف) أقول الظاهر أن يقال لا يورث الإجحاف

فهو ضروري لان ذلك لزمه باختباره على الدفع فهو ضرر مرضي وقوله (على ما بيناه) اشارة الى قوله غير ان الواجب الاصل هو الدفع الخ
(وان مات) أي العبد الجاني بعدما اختار المولى الفداء قولاً أو فعلاً لم يبرأ بموت العبد عن الفداء وطول بالفرق بين هذا وبين خصال
كفارة العيين فان الحادث غير محذور وان عين أحدهما قولاً لم يتعين وههنا قد تعين وأجيب بأن حقوق العباد أوجب رعاية لاحتياجهم
وذلك في التعيين قولاً وفعلاً وأما حقوق الله تعالى فالمقصود منها الفعل فتعين الواجب به وقوله (لان تعلق الاولى) أي الجناية
الاولى برقبته لا يمنع تعلق الجناية الثانية فان قيل ما الفرق بين هذا وبين الرهن فان تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به
حتى ان الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون أخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن أو بعده لا يتعلق سائر الديون بالرهن فقد منع
تعلق الدين الاول برقبته غيره وههنا لم يمنع وأجيب بأن في الرهن ابقاء واستيفاء حكماً فكأن المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره وليس
في الجناية كذلك وقوله (على قدر ارض جنابتهما) لان المستحق انما يستحق (٣٥٩) عوضاً عما فات عليه فلا بد من

أن يقسم على قدر المعوض
وقوله (لماذا كرنا) يعني
قوله لان تعلق الاولى برقبته
لا يمنع تعلق الثانية وقوله
(وعلى هذا حكم الشجان)
يعني لو شجر رجلاً موضحة
وأخرها شمة وأخر منقطة
ثم اختار المولى الدفع يدفع
الى صاحب الموضحة سدس
العبد لان له جسمانية والى
صاحب الهاشمة ثلثه لان
له ألفاً والى صاحب المنقطة
نصفه لان له ألفاً وجسمانية
فيقتسمون الرقبة هكذا
وقوله (وهي الجنابات
المختلفة) يعني بخازان
يختار في أحدهم خلاف
ما اختاره في حق الآخر
كالمواثيق كل واحد منهم
وقوله (والحق يجب للقتول)
جواب عما يقال الحق وان
كان متعدياً بالنظر الى

على ما بيناه وان مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ التحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال (فان
عاد فبني كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الاولى) معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية
بالفداء جعل كأن لم تكن وهذا ابتداء جنابة قال (وان جنى جنابتين قبل للمولى اما أن تدفعه الى
واي الجنابتين فيقسمانه على قدر حقيهما وما وأما أن تفديه بآرش كل واحد منهما) لان تعلق الاولى
برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية في حق المجنى
عليه الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما ما على قدر ارض جنابتهما (وان كانوا جماعة
يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداء فداء بجميع آروشهم) لماذا كرنا (ولو قتل واحداً
وفقاً عين أخرى يقتسمانه اثلاثاً) لان ارض العين على النصف من ارض النفس وعلى هذا حكم النجبات
(وللمولى ان يفدى من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد) لان الحقوق مختلفة
باختلاف اسبابها وهي الجنابات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له أن يفدى
من أحدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لا اتحاد سببه وهي الجنابة المتحدة والحق يجب للقتول
ثم لا وارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها قال (فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن
الأقل من قيمته ومن ارشها وان أعته بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش) لان في الاول فوت
حقه فيضمنه وحقه في أقله ما ولا يصير مختاراً للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختاراً
لان الاعناق بمنع من الدفع فالأقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة
والتدبير والاستيلاء لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملاءمة

في الحصر اذ قد تقرر فيما قبل ان الواجب الاصل في جنابة العبد هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب
بموت العبد لغوات محل الواجب الا أنه كان للمولى حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة فاذن كان حق
ولي الجنابة منحصراً في الدفع على ما هو الواجب الاصل في جنابة العبد فان لم ينصرف فيه فما معنى حصره
في الارش بقوله لا حق له الا الارش وهذا يكون مناقضاً لما ذكره قبلاً بقوله أما الدفع فلا أن حقه متعلق

السبب فهو متعدي بالنظر الى المستحقين فكان الواجب أن يكون حكم هذه المسئلة مثل الاولى ووجهه أنا لان سلم أن المستحق متعدد
بل هو واحد لان الحق يجب للقتول الخ لا يقال الملك يثبت للوارث حقيقة وحكما وليت حكماً فقط لانه ليس من أهل الملك حقيقة
فوجب ترجيح جانب الوارث لان ملك الميت أصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الاصل أولى قال (فان أعته المولى وهو لا يعلم
بالجناية) الأصل في جنس هذه المسائل أن المولى اذا علم بجناية العبد وتصرف فيه فان تصرف بما يعجزه عن الدفع صار مختاراً
لفداء والافلا واذا لم يعلم بالجناية لم يكن مختاراً للفداء لكن يضمن الأقل من قيمة العبد ومن ارض الجنابة وعلى هذا يخرج القروع
المذكورة في الكتاب وقوله (وعلى هذين الوجهين) يعني قبل العلم ويعده

وقوله (بخلاف الاقرار على رواية الاصل) يعني اذا جنى العبد جنابة فقال وليه اهو عبدك فادفعه او افده فقال هو ائفان الغائب
 ودبنة عندي او عارية او اجارة او رهن لا يصير مختارا للفداء لما ذكر في الكتاب ولم تندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة فان اقامها
 آخر الامر الى فسدوم الغائب وان لم يقيمها خوطب بالدفع او الفداء ولا يصير مختارا للدين مع تمكنه من الدفع وقوله (والحقه الكرخي
 بالبيع واخوانه) في صيرورته مختارا لما ذكر في الكتاب قال في الايضاح وهو رواية خارجة عن الاصول وقوله (واطلاق الجواب) يريد
 قوله ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها الخ وقيل يريد به قوله في أول الباب واذ جنى العبد جنابة خطافانه ينتظم النفس ومادونه وقوله (وكذا
 المعنى لا يختلف) لان كل واحد مال وقوله (لانه يزبل الملك) لا خلاف في ذلك وانما الخلاف في الدخول في ملك المشتري وعدمه وليس
 يحتاج اليه هنا وقوله (بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع) يعني لا يصير مختارا للفداء به ما لان الملك
 مازال قبل المشتري بشرط الخيار اذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مجزيا للبيع والبائع بشرط الخيار لنفسه اذا عرض على البيع
 كان فاسحا للبيع فلم لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه او بالعرض على البيع مختارا للفداء واجب بان ثمة ضرر ولم تحقق
 ههنا وهي أنه لو لم يجعل مجزيا وفاسحا هناك لكان تصرفه واقعا في ملك الغير على تقدير نزع الفسخ في الاولى وتقدير الاجازة في الثانية
 واما ههنا فلم يجعل مختارا للفداء بهذا التصرف لم يتبين بالدفع أنه تصرف في ملك الغير فافترا وقوله (بخلاف الكتابة الفاسدة) بان
 كاتب المسلم عبده الجاني على (٣٦٠) خرا وختر يرفاهه يصير مختارا للفداء لان موجبته ثبتت بنفس العقد

وهو وتعلق العتق بالاداء
 فكانت الكتابة نظير البيع
 الفاسد بعد القبض وقوله
 (فيما ذكرناه) قبل يعني في
 اختيار الفداء وقبل في العلم
 بالجنابة وعدمه وقوله
 (ولو ضرب به فنقصه) يعني
 بان أر فيه حتى صار
 مهزولا أو قلت قيمته ببقاء
 أثر الضرب فهو مختار اذا
 كان عالما بالجنابة لانه حبس
 جزأ منه واما اذا ضرب به
 ولم يعلم بها كان عليه
 الأقل من قيمته ومن الأرض
 الا أن يرضى ولي الدم أن

بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجنابة فان المقر له يخاطب بالدفع اليه
 وليس فيه نقل الملك لجواز أن يكون الامر كما قاله المقر والمقر وألحقه الكرخي بالبيع واخوانه لانه ملكه في
 الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فأشبهه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس ومادونها وكذا
 المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزبل الملك بخلاف ما اذا
 كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك مازال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصير
 مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبته ثبتت قبل قبض البديل فيصير
 بنفسه مختارا ولو باعه مولا من المجنى عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له أخذه
 بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجنى عليه بأمر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه
 لان فعل المأمور مضاف اليه ولو ضرب به فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجنابة لانه حبس جزأ منه
 وكذا اذا كانت بكر افوطها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم
 وبخلاف وطء التيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غيرا علاق

به (قوله واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس ومادونها) يريد قوله ضمن الأقل من قيمته ومن
 أرشها وقيل يريد به قوله في أول الباب واذ جنى العبد جنابة خطافانه ينتظم النفس ومادونها وكذا

بأخذ ما نقصا ولا ضمان على المولى لانه لما رضى به ناقصا صار كأنه نقصان حصل
 بآفة سماوية وقوله (وكذا اذا كانت بكر افوطها) يعني يصير به مختارا للفداء وان لم يكن الوطء معلقا لما قلنا انه حبس جزأ منه وقوله
 (بخلاف التزويج) يعني لا يصير به مختارا للفداء لانه لا يجزئه عن الدفع كما لا يجزئه عن البيع وعمل المصنف رحمه الله بقوله (لانه عيب
 من حيث الحكم) وذلك لا يثبت به اختيار الفداء كما لو أقر عليها بالسرقة عالما بالجنابة فان به هذا الاقرار يدخلها نوع عيب ولكن لما
 كان حكما لم يثبت به اختيار الفداء وفيه اشارة الى رد طعن عيسى حيث قال التزويج تعيب وبالله عيب يثبت اختيار الفداء كما لو ضرب
 على يديها وعيبها وذلك لان التعيب حقيقة يثبت به اختيار الفداء لان فيه حبس جزأ منها واما الحكمي فليس كذلك وقوله (وبخلاف
 وطء التيب) فان به لا يصير المولى مختارا للفداء ما لم يكن معلقا في ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غيرا علاق وقوله (على ظاهر الرواية) احتراز
 عما روي عن أبي يوسف رحمه الله أن مطلق الوطء يكون اختيارا لان الحل يختص بالملك فكان الوطء ليس على امسالك العين فان قيل
 ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار فان الوطء هناك فسخ للبيع وان لم يكن معلقا وههنا لا يكون اختيارا
 الا اذا كان معلقا أجيب بأنه لو لم يجعل فسخا للبيع وقع الوطء حراما لانه اذا اختار الفداء بعد ذلك ملكها المشتري من حين العقد ولهذا
 يستحق زواجا فتمين أن الوطء حصل في غير ملكه فلا ضرر زعن ذلك جعلناه فسخا وههنا اذا دفعها بالجنابة يملكها ولي الجنابة من وقت
 الدفع ولهذا لا يسلم له شيء من زواجا فلا يتبين أن الوطء كان في غير ملكه

وقوله (وبخلاف الاستخدام) يعني لو استخدم العبد الجاني بعد العلم بالجناية لا يكون مختارا للفداء حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه لان الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل على الاختيار ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر لان الاجارة تنقض بالاعذار فيكون قيام حق ولي الجناية فيه عذرا في نقض الاجارة والرهن يتمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع به ذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختيارا للفداء وقوله (في الاظهر) احتراز عما ذكر في بعض نسخ الاصل أنه يكون مختارا للاجارة والرهن لانه أثبت عليه بدامسقية فصار كالبيع وقوله (وكذا بالاذن في التجارة) يعني لا يكون به مختارا لانه لا يجوز عن الدفع ولا ينقص الرقبة (الا أن لولي الجناية أن يمنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى) ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعون ولي الجناية اذا دفع اليه فله أن يمنع من قبوله قال (ومن قال لعبد ان قتل فلانا) (٣٦١) ومن علق عتق عبده بجناية توجب

الدية مثل أن يقول ان قتل فلانا أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك خلافا لفرجه الله لان اختيار الفداء انما يكون بعد الجناية والعلم بها وعند التكلم ليس شيء منهما موجود وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا واستشهد بالمسألة المذكورة في الكتاب وقوله (ولنا) ظاهر وقوله (ولانه حرضه) دليل آخر ومعناه أن المولى حرض العبد على مباشرة الشرط وهو القتل أو الرمي أو الشج (بتعليق أقوى الدواعي اليه) أي الى الشرط وهو الحرية (والظاهر أنه يفعلها) رغبة منه في الحرية (وهذا دلالة الاختيار) وانما قلنا بجناية لانه لو علقه بغيرها مثل أن يقول لعبد ان

وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر من الروايات وكذا بالاذن في التجارة وان ركب دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا أن لولي الجناية أن يمنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فلزم المولى قيمته قال (ومن قال لعبد ان قتل فلانا أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك) وقال زفر لا يصير مختارا للفداء لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا ترى انه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يثبت في عينته تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمجبر فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية ألا ترى أن من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا أقر بك بغير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فأنت طالق فلا فرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير قارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما أورده لان غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه اذا لم يمنع فله ان يدخل تحت ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعلها فهذا دلالة الاختيار قال (واذا قطع العبد بغير رجل عمد فدفع اليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من قطع اليد فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على المولى وقيل لا واياه اقتلوه أو اعفوا عنه)

في العناية أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لا سداد لما ذكرنا لان تأخير التعرض لاطلاق ما في أول الباب الى هنا مع كونه بعيدا عن نهج السداد في نفسه يمنع عن الحمل عليه قول المصنف واطلاق الجواب لان الاطلاق هناك في المسئلة لا في الجواب كما لا يخفى على ذوى الالباب فالمراد هو الاول لا غير (قوله وكذا بالاذن في التجارة وان ركب دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة) أقول في التعليق شيء وهو انه ان أراد أن الاذن في التجارة وان ركب دين لا يفوت الدفع بغير رضا ولي الجناية فهو ممنوع كيف وقد قال من صلا به الا أن لولي الجناية أن يمنع من قبوله واذا كان له ذلك يفوت الدفع بغير رضاه قطعا وان أراد أنه لا يفوت الدفع بغير رضا ولي الجناية فهو مسلم لكن يلزم حينئذ أن ينقض هذا التعليق بما لو ضرب المولى العبد الجاني فنقصه فانه يصير مختارا للفداء هناك اذا كان عالما بالجناية كما مر آنفا

(٤٦ - تكمله ثامن) دخلت الدار فأنت حر ثم جنى ثم دخل الدار فان المولى لا يصير مختارا للفداء بالاتفاق لعدم العلم بالجناية عند التعليق بخلاف ما اذا علق بالجناية فانه علق بها أقوى الدواعي اليه والظاهر وجودها فكان عالما بها ظاهرا وانما قلنا بجناية توجب الدية لانه لو كانت توجب القصاص لم يكن على المولى شيء وانما هو على العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلم يفوت المولى على ولي الجناية بتعليقه شيئا

(قوله والراهن يتمكن من قضاء الدين الخ) أقول تعلق حتى الجنى عليه يعني العبد سابقا على تعلق حق الراهن بوجوب صحة فسخ الرهن وان نقص الدين على ما صرحوا به (قوله وانما قلنا بجناية توجب الدية لانها لو كانت توجب القصاص لم يكن الخ) أقول لا يلزم مما ذكره المصنف وجوب التعليق بجناية توجب الدية بل اذا كان بالاعم مثل أن يقول ان قتل فلانا بقتل الدية كالتقتل بالمثل أو القتل خطأ يكون الجواب كذلك

وقوله (ووجه ذلك) يريد بيان الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق (انه اذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح) أي الدفع (وقع باطلا) سماء
صلح بناء على ما اختاره بعض المشايخ (٣٦٣) رحمه الله أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية

به وانما وقع باطلا لانه كان
عن المال لعدم جريان
القصاص بسين أطراف
الاحرار والعبيد واذاسرى
تبين أن المال لم يكن
واجبا وانما الواجب هو
القصاص فكان الصلح
واقعا بغير بدل يعني المصالح
عنه لان الذي كان الصلح
وقع عنه وهو المال قد
زال والذي وجد من القتل
لم يكن وقت الصلح فبطل
والباطل لا يورث شبهة
كما اذا طلق امرأته ثلاثا
ثم وطئها في العدة مع العلم
بحرمتها عليه فانه لا يصير
شبهة لدرء الحد فوجب
القصاص بخلاف ما اذا
اعتقه لان اقدامه على
الاعتاق يدل على قصده
تصحیح الصلح لان الظاهر
من حال العاقل انه اذا
أقدم على تصرف بقصد
تصحیحه ولا صحة لهذا
الصلح الا يجعله صلحا عن
الجناية وما يحدث منها
فيجعل مصالحا عن ذلك
مقتضى الاقدام على
الاعتاق ويجعل المولى
أيضا كذلك دلالة لانه لما
رضى بكون العبد عوضا
عن القليل كان بكونه عوضا
عن الكثير أرضى وشرط
صحة الاقتضاء وهو امکان
المقتضى موجود ولهذا

ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان أطراف
العبد لا يجري القصاص بينها وبين أطراف الحر فاذا سرى تبين أن المال غير واجب وانما الواجب هو
القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث شبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع
العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحیح
الصلح لان الظاهر أن من أقدم على تصرف بقصد تصحیحه ولا صحة له الا وأن يجعل صلحا عن الجناية
وما يحدث منها ولهذا الوصل عليه ورضى المولى به يصح وقد رضى المولى به لانه لما رضى بكون العبد عوضا
عن القليل يكون أرضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذالم يعتق
لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولى على خيرتهم في العفو والقتل

مع انه يجري أن يقال هناك أيضا ان الضرب وان نقصه لا يفوت الدفع برضا ولي الجناية فانه اذا رضى
أن يأخذه فاقصا ولا ضمان على المولى جاز كما صرحوا به ويمكن الجواب عنه بأن قوله ولا ينقص الرقبة
من تمام التعليل في صورة ما اذا ضرب به فنقصه ان لم يفت الدفع برضا ولي الجناية نقصت الرقبة فالتعليل
المدكور هنا لم يجز بتمامه هناك فلم ينتقض بذلك نعم في تمام قوله ولا ينقص الرقبة فيما اذار كبه دين
كلام لان وجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعون ولي الجناية اذا دفع العبد اليه
فيتبعونه بدونهم كما صرح به جمهور الشراح في شرح قول المصنف الا ان لولي الجناية أن يمنع من قبوله
لان الدين لحقه من جهة المولى وعن هذا قال صاحب الكافي ولكن الرقبة قد انتقصت عند لحوق
الدين بسبب من جهة المولى وهو الاذن فكان لولي الجناية أن يمنع من قبوله ناقصا فيلزم المولى قيمته
اه فتأمل (قوله ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلا) قال صاحب
العناية في شرح هذا الحل يريد بيان الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق انه اذا لم يعتقه وسرى تبين
أن الصلح أي الدفع وقع باطلا وسماء صلح بناء على ما اختاره بعض المشايخ أن الموجب الأصلي هو
الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية به اه واقتنى أثره الشارح العيني أقول فيه
نظر لان المصنف صرح فيما مر بأن الموجب الأصلي هو الدفع في الصحيح وقال واهـ ذاب سقط الموجب
بموت العبد افوات محل الواجب فكيف يستتم تسمية الدفع هنا صلحا على البناء على خلاف ما اختاره
وصححه نفسه فيما قبل وخلاف ما عليه جمهور المحققين من مشايخنا حتى ان صاحب الاسرار بعد ان
ذكر ما اختاره بعض المشايخ من ان الواجب الأصلي هو الارش قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع
وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد انتهى ثم أقول الحق عندي أن يحمل تسمية الدفع
هنا صلحا على المشاكلة بأن عبر عن الدفع بالصلح لوقوع ذكره في محبة ما هو صلح وهو ما اذا اعتقه تدبر ترشد
(قوله والباطل لا يورث شبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه) أقول
فيه بحث وهو أنه ان أراد أن الباطل لا يورث شبهة فيما اذا علم بطلانه كما هو الظاهر مما ذكره في
تنظيره حيث قال فيه مع العلم بحرمتها عليه فهو مسلم لكن لا يجدي نفعها هنا لان الدافع لم يعلم أن القطع
يسرى فيكون موجبه القود بل ظن أنه لا يسرى وكان موجبه المال وان أراد أن الباطل لا يورث شبهة
وان لم يعلم بطلانه فهو ممنوع ألا يرى أنه اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها ولم يعلم بحرمتها عليه بل ظن
أنها تحل له فانه يورث شبهة فيرد الحد كما صرحوا به في كتاب الحدود وفهم أيضا ههنا من قوله مع العلم

وذكر

لنوص على ذلك ورضى به المولى صح فتبين انه اذا اعتق حصل بينهما صلح جديدا ابتداء

واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولى على خيرتهم في العفو والقتل

(قوله والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح الخ) أقول الظاهر أن يقول لم يقع الصلح عنه

وقوله (وذ كرفي بعض النسخ) قال الامام فخر الاسلام رحمه الله وذ كرفي بعض نسخ هذا الكتاب أي كتاب الجامع الصغير هذه المسئلة على خلاف هذا الوضع وساق الكلام مثل ما ذ كرفي الهداية وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة وقوله (الى آخر ما ذ كرنا) يعني وان لم يعتقه رد الى مولاه ويجعل الاولياء على خيرتهم بين القتل والعفو وقوله (وهذا الوضع بردا شكالا) قبل أي الوضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة وانما خص هذا الوضع بورد الاشكال لان دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو ولانه ينشئ عن الخطيئة فيكون هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حظ شي فلا يراد شكالا على مسئلة العفو وقيل هذا الوضع أي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيرها رد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد وسرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وههنا قال يجب واختلف المشايخ رحمهم الله في الجواب عن ذلك فقال بعضهم ما ذ كرهنا من وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان يعني وجوب القصاص في هذه المسئلة على النسختين جواب القياس وفي الاستحسان تحب اليد وفي مسئلة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان وفي القياس يجب القصاص فكان الوضع في هذه المسئلة وتلك على القياس والاستحسان فاندفع التدافع وحصل التوافق وقال بعضهم بينهم ما فرق وهو ان العفو عن اليد صرح ظاهر الان الحق له كان في اليد من حيث الظاهر فيصم العفو ظاهرا فبعد ذلك (فيصم العفو ظاهرا) وتبطل به الجنابة كذلك (٣٦٣) لان العفو عنها يبطلها (فبعد ذلك

وان بطل العفو بالسراية حكما يبق موجودا حقيقة) وذلك كاف لمنع وجوب القصاص (أما ههنا فالصلح لا يبطل الجنابة بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تمتنع الجنابة لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه أما اذا اعتقه فالتخريج على ما ذ كرناه من قبل) وهو قوله لان اقدامه على الاعتاق بدل على قصده الخ وقوله (فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولي الجنابة) يعني اذا كانت القيمة أقل

وذ كرفي بعض النسخ رجل قطع يدرجل عدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجنابة الى آخر ما ذ كرنا من الرواية وهذا الوضع برد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وههنا قال يجب قبل ما ذ كرهنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهم ما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صرح ظاهر الان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصم العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما يبق موجودا حقيقة فكيف ذلك لمنع وجوب القصاص أما ههنا فالصلح لا يبطل الجنابة بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجنابة لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه أما اذا اعتقه فالتخريج ما ذ كرناه من قبل قال (واذا جنى العبد المأذون له جنابة وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجنابة فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجنابة) لانه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الاتفراد الدفع لاولياءه والبيع لغرماء فكذلك عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايقام من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجنابة ثم يباع للغرماء فيض منها بالاتلاف بحرمته عليه (قوله أما ههنا فالصلح لا يبطل الجنابة بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تبطل الجنابة لم تمتنع العقوبة) أقول رد عليه انه ان أريد بقوله لم الصلح لا يبطل الجنابة بل يقررها أن الصلح لا يسقط موجب الجنابة بل يبقى عليه على حاله فهو ممنوع كيف وقد صرحوا في صدر كتاب

من الارض وقوله (أتلف حقين) واضح وقوله (ويمكن الجمع بين الحقين) جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الاتفراد كونه كذلك عند الاجتماع لجواز ان يكونا متنافيين فلا يحتج ما ان يكون الاتلاف واردا عليهما ووجهه ان الجمع بينهما ممكن أيضا من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجنابة ثم يباع للغرماء فيكون الاتلاف واردا عليهما فيض منهما به والأصل ان العبد اذا جنى وعليه دين بخير المولى بين الدفع والفساد فان دفع بيع في دين الغرماء فان فضل شيء كان لاصحاب الولاء وانما اذا بالدفع لان به توفير الحقين فان حق ولي الجنابة يصير وفي بالدفع ثم يباع بعده لارباب الديون ومضى بدأ ناد دفعه في الدين تعذر الدفع بالجنابة لانه تجدد للشئ المالك ولم يوجد في يده جنابة فان قيل ما فائدة الدفع اذا كان البيع بالدين بعده واجبا أجب بانها اثبات حق الاستخلاص لولي الجنابة بالفداء بالدين فان للناس في الأعيان اغراضا وانما لم يبطل الدين بمجرد الجنابة لان موجبها صيرورته حرا فاذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف الى اولياء الجنابة لانه بيع على ملكهم وان لم ينف بالدين تأخر الى حال الحرية كالمبيع على ملك المولى الأول وانما قيد المسئلة بعدم العلم ايضي عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو اعتقه وهو عالم بالجنابة كان عليه الدية اذا كانت الجنابة في النفس لا وليا لها وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم بالجنابة يوجب الارض دون القيمة وقد مر

(قوله وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى الخ) أقول يعني الاتقاني

وقوله (بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي) واضح وقوله (فلا يظهر في مقابله الحق) يعني حق الدفع (لأنه دونه) أي الحق دون الملك فيكون الحق مع الملك مرجوحا قال (وإذا استندت الأمة المأذون لها ثم ولدت) فرق بين ولادة الأمة بعد استدانتها وبين ولادتها بعد جنابتها في أن الولد يباع معها في الأولى دون الثانية فإن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبته استيفاء حتى صار المولى ممنوعا من التصرف في رقبته يبيع أو هبة أو غيره مما فكانت من الأوصاف الشرعية القارة في الأم فتسرى إلى الولد كالكتابة والتدبير والرهن وأما موجب الجنابة فالدفع أو الفداء وذلك في ذمة المولى لا في ذمتها حتى لا يصير المولى ممنوعا من التصرف في رقبته يبيع أو هبة أو استخدام (وانما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع) فلا يسرى إلى الولد لكونه وصفا غير قازح حصل عنه الدفع وقوله (والسرابة في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية) بناء على أن الوصف الحقيقي في محل لا يمكن أن ينتقل إلى غيره وأما الوصف الشرعي فهو أمر اعتباري يتحول بتحوله واعتراض وجهين أحدهما لأن سلم أن دين الأمة في ذمتها فإن المولى أن يعتقهها ضمن قيمتها ولو كان في ذمتها لما ضمن كالمقتل مديون إنسان فإنه لا يضمن دينه والثاني أن ما ذكرتم لو كان صحيحا لم يسرى أثر الدفع إلى أرض استحقته بجنابة حتى بها عليها جان ودفعه إليها بطريق الأولى لما ان ولدها جزؤها وأرسلها ليس كذلك ولما لم يسر إلى جزئها لكونه أثر فعل حقيقي كان أولى أن لا يسرى إلى ما ليس بجزء منها وأجيب عن الأول بأن وجوب ضمان قيمة العبد المديون على المولى لتفويته ما تعلق به حق الغرماء بعا واستيفاء من ثمنه لا باعتبار وجوب الدين على المولى والألوجب عليه إيفاء الديون لا ضمان قيمة العبد وانما

(٣٦٤)

لا يضمن القاتل دين من

بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى إلى الغرماء لأن الأجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابله الحق لأنه دونه وههنا يجب لكل واحد منهم ما باتلاف الحق فلا ترجح فيظهر أن فيضمنها قال (وإذا استندت الأمة المأذون لها ثم ولدت) أكثر من قيمتها ثم ولدت فإنه يباع الولد معها في الدين وإن جنت جنابة لم يدفع الولد معها) والفرق أن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبته استيفاء فيسرى إلى الولد كولد المرهونة بخلاف الجنابة لأن وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسرابة في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية قال (وإذا كان العبد لرجل زعم رجل آخر أن مولاه أعنته فقتل العبد وليا لذلك الرجل الزاعم خطأ فلا شيء له) لأنه لما زعم أن مولاه أعنته فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى إلا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال (وإذا أعنت العبد فقال لرجل قتل أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد) لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان إذ الكلام فيما إذا عرف رقه والوجوب في جنابة العبد على المولى دفعا أو فداء وصار كما إذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتى وأنا صبي أو بعت دارى وأنا صبي أو قال طلقت امرأتى وأنا مجنون أو بعت دارى الجنابات بأن موجب التمسك بالعقد القود إلا أن يعفو الأولياء أو يصالحوا فقد جعلوا الصلح كالعفو في

قتله لعدم المماثلة بين المتلف وهو الدين وما يقابله من العين ضمانا وضمان العبد وان يعتمد المماثلة وهي مسئلة تقوم المنافع وهي معروفة لا يقال هذا المانع موجود في صورة النزاع فهلا اعتبر لأن الاتلاف هناك لاقى محلا يمكن الاستيفاء من ثمنه بخلاف صورة النقص فإن قبل إذا كان تخصيص العلة قلت مخلصه معلوم وعن الثاني أن الأرض

بدل جزء متصل فأت بالجنابة وولى الجنابة قد استحقها بكل جزء منها فأت من الأجزاء بعوض قام العوض مقامه وأنا كما لو قتل وأخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها إلى ولى الجنابة اعتبارا للجزء بالكل بخلاف الولد فإنه بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدلا عن جزء وقوله (وإذا كان العبد لرجل) صورته المذكورة ظاهرة وذكري الكتاب الإقرار بالحريية قبل الجنابة وفي المبسوط بعدها ولا تفاوت في ذلك وقوله (وأبرأ العبد) يعني من كل الدية لا من قسطه فيها وأبرأ المولى لأنه لم يدع عليه بعد الجنابة اعتقا حتى يصير به مختارا للفداء إن علم بذلك أو مستهلكا حتى المجنى عليه إن لم يعلم وكذلك لم يكن له سبيل على أخذ العبد بعد هذا الإقرار ولا على المولى بشئ ولا على العاقلة إلا بحجة وقوله (وإذا أعنت العبد) يعني إذا أعنت عبد معروفا بالرق (فقال لرجل قتل أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر بل قتلته وأنت حر فالقول قول العبد لأنه منكر للضمان) لأنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان عليه إذا الكلام في عبد معروفا بالرق والوجوب في جنابة العبد على المولى دفعا أو فداء واعتراض بأن العبد قد ادعى تاريخا سابقا في إقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي أن يكون القول قوله وأجيب بأن اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود أصل الإقرار وههنا هو منكر لأصله فصار كمن يقول عبده اعتقك قبل أن تخلق أو أخلق

(قوله وانما لا يضمن القاتل دين من قتلته الخ) أقول الظاهر أنه كان يكفي أن يقول وانما لا يضمن القاتل الدين لأنه لم يفوته (قوله فإن قلت إذا كان تخصيص العلة) أقول كيف يكون تخصيص العلة والمضمون ههنا ليس هو الدين بل العين الذي أتلفه

وقوله (كان القول قوله) يعني مع عيینه وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه منكر للضمان قال (ومن أعتق جارية ثم قال لها) هذه المسئلة أيضا مبناها على اسناد الاقرار إلى حالة منافاة للضمان ومعنى قوله (الاجماع والغلة) أن يقول لها جاععتك وأنت أمتي أو أخذت منك غلة عمالك وأنت أمتي وقالت بل كان ذلك بعد العتق فإن القول قول المقر الذي هو المولى استحسانا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله وقال محمد لا يضمن الاشياء ما بعينه فانه يؤمر برده عليها يعني لو كان أقرب بأخذ شيء منها بعينه والمأخوذ قائم في يده واختلافه على هذا الوجه فإن الرد فيه يجمع عليه بنائها محمد رجه الله على الأصل المذكور وأجاب عن تخلف الشيء القائم بعينه بأنه أقرب به أي بيد المأخوذ منه (حيث اعترف بالأخذ منه) ثم ادعى التملك عليه وهو منكر والقول

(٣٦٥)

قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد عليها وله ما أنه أقرب بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله (وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافاة للضمان لأنه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أتمه المديونة لا يوجب العقر وكذلك إذا أخذ من غلته وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل فيهما الاسناد إلى حالة معهودة منافاة للضمان بخلاف غيرهما (لأنه بمنزلة ما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت) يريد بذلك براءته عن ضمان العين قصاصا وارشاه (وقال المقر له بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوأة) يريد به وجوب نصف الدية عليه وهذا بناء على أن جنس العضو المتلف إن كان صحيحا حال

وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا قال (ومن أعتق جارية ثم قال لها اقطع يدك وأنت أمتي وقالت قطعتها وأنا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما أخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله وقال محمد لا يضمن الاشياء ما بعينه يؤمر برده عليها) لأنه منكر وجوب الضمان لاسناده الفـ هل إلى حالة معهودة منافاة له كما في المسئلة الاولى وكما في الوطء والغلة وفي الشيء القائم أقرب بهـ هنا حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكورة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد إليها وله ما أنه أقرب بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوأة فإن القول قول المقر له وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافاة للضمان لأنه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربى إذا أخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أتمه المديونة لا يوجب العقر وكذا أخذه من غلته وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد إلى حالة معهودة منافاة للضمان

اسقاط موجب الجناية وإن أر بد ذلك أن الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الأصل بل يقرر ذلك حيث وقع الصلح عنه على مال وإن سقط بعد تحقق الصلح فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ قولهم فإذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة إذ لا يلزم من عدم بطلان الجناية بمعنى ثبوتها في الأصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه بل لا يتم حينئذ الفرق رأسا بين صورتي العفو والصلح إذ العفو أيضا لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الأصل قبل العفو كما لا يخفى (قوله ومن أعتق جارية ثم قال لها اقطع يدك وأنت أمتي وقالت بل قطعتها وأنا حرة فالقول قولها) قال صاحب العناية هذه المسئلة أيضا مبناها على اسناد الاقرار إلى حالة منافاة للضمان أقول ليس هذا بسد يد لان مبني هذه المسئلة التي جوابها كون القول قولها ليس على اسناد الاقرار إلى حالة منافاة للضمان كما في المسئلة الاولى والاما كان القول قولها بل كان يجب أن يكون القول قول المقر كما في المسئلة الاولى وانما مبني هذه المسئلة على أنه أقرب بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع قوله الابحجة كما يظهر مما ذكر في الكتاب في تعليل جواب هذه المسئلة نعم مبناها على قول محمد اسناد الاقرار إلى حالة منافاة للضمان الا أن قوله ليس يطابق لجواب هذه المسئلة وانما ذكرنا بطريق الاستطراد لا الاصل في بناء هذه المسئلة التي كان جوابها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف كما صرح به في الكتاب على أصل قول محمد فيها (قوله وكذا يضمن مال الحربى إذا أخذه وهو مستأمن) قال صاحب العناية ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع لكنه ذكره بيان المسئلة أخرى صورتهما مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ

الاتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على أصل أصحابنا رجهما الله أن موجب العمد القود على سبيل التعيين وله العدول إلى المال فقبل العدول إذا فات المحل بطل الحق واعترض بان ذلك فيما يجب فيه القصاص كما إذا قطع عين شخص ثم شلت عينه وفق العين بالتعوير لا قصاص فيه فلا يستقيم الأصل المذكور وأجيب بأن المراد فق عذبه به فورها ولم تخسف والقصاص فيه جار وقوله (وكذا يضمن مال الحربى إذا أخذه وهو مستأمن) ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع لكنه ذكره بيان المسئلة أخرى صورتهما مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ

قال المصنف (وكذلك كل ما أخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا) أقول سبق في كتاب المأذون أن المولى أن يأخذ غلة مثله بعد الدين

مال حربى ثم أسلم الحربى ثم خرجا إلىنا فقال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربى فقال بل أخذت منى وأنا مسلم فاتهم على الخلاف
كذا قبل فان صح ذلك فوجه قول محمد رجه الله أنه أسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما أنه ليس كذلك لان مال
الحربى قد يضمن اذا أخذه ديناف كان قد أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الابحجة والله أعلم والخاصل أن هذه المسائل على
ثلاثة أوجه في وجه يكون (٣٦٦) القول قول المولى وهو ما اذا أخذ الغلبة أو وطنها وفي وجه يكون القول

قول الحاربه وهو ما اذا أقر
المولى أنه أخذ منها مالا
وهو قائم في يده وفي وجه
اختلفوا وهو ما اذا استهلك
مالها أو قطع يدها وقد
اتفقوا على أصليين أحدهما
أن الاسناد الى حالة معهودة
منافية للضمان بوجه
سقوط المقر به والآخر أن
من أقر بسبب الضمان ثم
ادعى ما يبرئه لا يسمع منه
الابحجة فالوجه الاول
مخرج على الاصل الاول
بالاتفاق والوجه الثانى
مخرج على الاصل الثانى
بالاتفاق والوجه الثالث
خرجه محمد رجه الله على
الاول وهما على الثانى وقوله
(واذا أمر العبد المحجور)
على الوجه الذى ذكره
ظاهر وقوله (على ما بينا
من قبل) اشارة الى ما ذكره
قيل فصل الجنين وقوله
(لأنه غير مضطر في دفع
الزيادة) أى لا ضرورة في
اعطاء الزيادة لأنه يتخلص
عن عهده الضمان باعطاء
الاقل من الفداء أو قيمة
العبد لأنه انما أتلف بأمره
ما هو الاقل منهما قال (واذا
قتل العبد رجلين عمدا)

قال (واذا أمر العبد المحجور عليه صبيحاً يقتل رجل فقتله على عاقلة الصبي الديبة) لأنه هو القاتل حقيقة
وعده وخطؤه سواء على ما بينا من قبل (ولاشئ على الأمر) وكذا اذا كان الأمر صبيحاً لانهم لا يؤخذان
بأقوالهما لان المؤاخذه فيهما باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الأمر
أبدا ويرجعون على العبد الأمر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لان نقصان أهلية
العبد بخلاف الصبي لأنه قاصر الأهلية قال (وكذلك ان أمر عبدا) معناه أن يكون الأمر عبدا
والمأمور عبداً محجوراً عليهما (يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء) ولا رجوع له على الاول في
الحال ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد لأنه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان
القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ اما اذا كان كبيرا يجب الفصاص
لجربانه بين الحر والعبد قال (واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعضاً حدولي كل
واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم) لأنه لما عفا حدولي
كل واحد منهما ماسقط الفصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في
الرقبة أو في عشرين ألفا وقد سقط نصيب العاقبين وهو النصف وبقي النصف (فان كان قتل أحدهما
عمدا والاخر خطأ فحدولي الممد فان فداء المولى فداء بمحسة عشر ألفا محسة ألف الذى لم يعف
من ولي الممد وعشرة آلاف لولي الخطا) لأنه لما انقلب الممد مالا كان حق ولي الخطا في كل الديبة عشرة
آلاف وحق أحد ولي الممد في نصفها محسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب محسة عشر ألفا (وان
دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطا وثلثه لغير العاق من ولي الممد عند أبي حنيفة وقال يدفعه
ارباعا ثلاثة ارباعه لولي الخطا وربعه لولي الممد)

مال حربى ثم أسلم الحربى ثم خرجا إلىنا فقال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربى فقال بل أخذت منى
وأنا مسلم فاتهم على الخلاف كذا قبل فان صح ذلك فوجه قول محمد أنه أسند اقراره الى حالة معهودة منافية
للضمان ووجه قولهما أنه ليس كذلك لان مال الحربى قد يضمن اذا أخذه ديناف كان قد أقر بسبب
الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الابحجة الى هنا كلامه (أقول) فيه نبذ من الاختلال أما أولاً فلان
قوله ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع ممنوع فانه وان لم يكن داخل في مسألة القطع نفسها
الا انه نظير لها لا اشتراك في العلة حيث لم يوجد في كل منهما اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان
عندهما وكونه نظير لما نحن فيه تعلق محض به فان التنظير كثير الوقوع في استدلالهم شائع فيما
بينهم فصار قوله هنا وكذا يضمن مال الحربى اذا أخذه وهو مستأن من بمنزلة قوله فيما قبل كما اذا قال لغيره
فقات عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة الخ وأما ثانياً فلان قوله ووجه قولهما أنه ليس كذلك لان
مال الحربى قد يضمن اذا أخذه ديناف ليس بشرح مطابق للشرع وانما المطابق له أن يقال لان مال
الحربى قد يضمن اذا أخذه وهو مستأن من تدبر (قوله وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطا وثلثه
لغير العاق من ولي الممد عند أبي حنيفة رجه الله وقال يدفعه ارباعا الخ) قال صاحب النهاية وأصل هذا

كلامه واضح الى قوله وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطا وثلثه لغير العاق من ولي الممد عند أبي حنيفة رجه الله فالقصة

قال المصنف (ويجب أن يرجع بعد العتق) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوقاية وانما قال ويجب أن يرجع بعد العتق الخ
اذ لا رواية لذلك أقول ينبغي أن لا يرجع بشئ لان الأمر لم يصح والأمر لم يقع في هذه الورطة لكمال عقل المأمور بخلاف ما اذا كان
المأمور صبيحاً انتهى أجيب بأن أمره استخدام واتلاف بسببه مال المولى واذا استخدم العبد فعطب ضمن المستخدم كذا هذا فليست أميل

وأصل هذا ما انفقوا عليه أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضابق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كسئلة بيع الفضولي وهي أن فضوليا يباع عبدا انسان كله وفضوليا آخر يباع نصفه وأجاز المالك البيعين كان العبد دين المشتريين أرباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاجعة لأن العين الواحدة تضيق عن الحقيقتين على وجه الكمال وإذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في هذه المسئلة ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطأ وربعه لساكت من ولي العمد لأن حق ولي العمد كان في جميع الرقبة فإذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فبقي حق ولي الخطأ بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطأ والساكت من ولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعا كافي مسئلة الفضولين ولا يخيصة رحمه الله أن أصل حقه هو ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا لأن حق ولي الخطأ في عشرة آلاف وحق شريك العافي في خمسة فيضرب (٣٦٧) كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم

ألفان لرجل وألف لا آخر مات وترك ألف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين أثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الألفين وثلثها لصاحب الألف كذلك هذا بخلاف بيع الفضولي لأن المالك يثبت للمشتري في العين ابتداء وقوله (وإذا كان عبيدين رجلين فقتل مولى لهما) فسر المصنف رحمه الله بقوله أي قريبا لهما قال الله تعالى وإني خفت الموالي من ورائي الأقارب ويحتمل أن يراد به عبد لهما اعتقا فعفا

فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فينصف فلهذا يقسم أرباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة أثلاثا لأن الحق تعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسئلة نظائر واضداد ذكرناها في الزيادات قال (وإذا كان عبيدين رجلين فقتل مولى لهما) أي قريبا لهما (فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة وقال يرفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يفديه بربع الدية) وذكر في بعض النسخ قتل ولي لهما والمراد القريب أيضا وذكر في بعض النسخ قول محمد مع أبي حنيفة وذكر في الزيادات عبد قتل مولا له ابنان فعفا أحدهما بطل ذلك كله عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسئلة الكتاب ولم يذ كر اختلاف الرواية لأبي يوسف رحمه الله أن حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوع

ما انفقوا عليه وهو أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لأنه لا تضابق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كافي مسئلة بيع الفضولي وهي أن فضوليا يباع عبدا انسان كله وفضوليا آخر يباع نصفه وأجاز المولى البيعين كان العبد دين المشتريين أرباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاجعة لأن العين الواحدة تضيق عن الحقيقتين على وجه الكمال ولما ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في مسئلتهما هذه ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطأ وربعه لساكت من ولي العمد

أحدهما بطل حق الآخر في النفس والمال جميعا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يقال للعافي ادفع نصف نصيبك إلى شريكك أو افده بربع الدية وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع أبي حنيفة رحمه الله والاشهر أنه مع أبي يوسف رحمه الله قال أبو يوسف ومحمد إن حق كل واحد من المولين في نصف القصاص شائعا

(قوله فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه) أقول يخالف لما أسلفه في باب ما يدعيه الرجلان فراجعه (قوله وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء) أقول ولم يكن تعاق الحق بالعين على وجه الشيوع لكل واحد في البعض ولا بد من هذا التقيد على ما صرحوا فإنه إذا كان ثبوت حق في العين على هذا الوجه تكون القسمة عولية عنده وعندهما أيضا لا بد من التقيد بأن لا يكون تعلق الحقيقتين على وجه الشيوع في وقت واحد ولا تكون القسمة عولية (قوله فكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت الخ) أقول فيه بحث (قوله ولا يخيصة) أن أصل حقه هو ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة) أقول سبق من المصنف في أول الباب أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح وإن كان للمولى حق النقل إلى الفداء وما ذكره الشارح بخالفه كما لا يخفى ثم قول المصنف هنا لأن الحق تعلق بالرقبة يخالف ما ذكره الشارح أيضا لأن يراد بالرقبة الذمة مجازا

لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له لان العبد في حق الدم مبقى على أصل الحرية والمولى في دمه كاجنبي فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقا له بالملك فاذا عفا احداهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب عليه دمه او ما كان في نصيب صاحبه ببق وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع أو بقدره ربع الدية ولا يحنيفه رحمه الله أن نصيب العاق قد سقط ونصيب الآخر وهو النصف يحتمل أن يكون كله في ملك شريكه فينقلب مالا ويحتمل أن يكون كله في ملك نفسه فيبطل أصلا ويحتمل أن يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه في نصيب العاق فينقلب نصف هذا النصف وهو

(٣٦٨)

الربع مالا فلما احتمل هذا واحتمل ذلك لا ينقلب مالا لان المال لا يجب بالشك ووقع في نسخ الهداية في هذا الموضع اختلاف كثير والتعويل على المسموع

فصل لما فرغ من بيان أحكام جنابة العبد شرع في بيان أحكام الجنابة على العبد وقد قدم الاول ترجيحاً لجانب الفاعلية (ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا تزداد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر قضى له بعشرة آلاف درهم له بعشرة آلاف درهم في الا عشرة و في الامه اذا زادت قيمته على الدية قضى لها بخمسة آلاف الا عشرة

قال المصنف (لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له) أقول قال العلامة الاتقاني فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع في الكل فيكون

لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا عفا احداهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب عليه دمه او ما كان في نصيب صاحبه ببق وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه أو افتد به ربع الدية وله ما ان ما يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه واهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده ديناً فلا تخلفه الورثة فيه

فصل (ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا تزداد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر قضى له بعشرة آلاف الا عشرة و في الامه اذا زادت قيمته على الدية قضى لها بخمسة آلاف الا عشرة)

لان حق ولي العبد كان في جميع الرقبة فاذا عفا احداهما بطل حقه وفرغ النصف فيمعلق حق ولي الخطأ بهذا النصف بلا منازعة ببق النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطأ والساكت من ولي العبد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعاً كما في مسألة الفضولين ولا يحنيفه رحمه الله أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا الان حق ولي الخطأ في عشرة وحق شريك العاق في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصة كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألف رجل وألفان لا خرمات المديون وتترك ألفاً كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثاً بطريق العول والمضاربة ثلثها لصاحب الألفين وثلثها لصاحب الألف فكذا ههنا بخلاف بيع الفضولي لأن الملك ينبت للمشتري في العين ابتداء الى هذا أشار الامام قاضيان والهبوبي في الجامع الصغير الى هنا كلامه واقتنى أثره في هذا الشرح والبيان صاحب العناية ومعراج الدراية (أقول) فيه نظر لان المصنف صرح في أوائل هذا الباب بأن الواجب الاصل في جنابة المملوك هو الدفع ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لقوات محل الواجب وان كان للمولى حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة وصرح به أيضاً عامة الفقهاء في كتبهم فامعني بناء قول أبي حنيفة في هذه المسئلة على أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش وهذا لا يقتضي هذا أن يكون الواجب الاصل في جنابة المملوك هو الفداء دون دفع عين العبد ثم ان قول المصنف في بيان طريقة أبي حنيفة رحمه الله ههنا لان الحق تعلق بالرقبة بنوعها ذكره هؤلاء الشراح في تعليل قول أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

فصل في الجنابة على العبد لما فرغ من بيان أحكام جنابة العبد شرع في بيان أحكام الجنابة

نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب عليه دمه او ما كان في نصيب صاحبه ببق وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه أو افتد به ربع الدية وله ما ان ما يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى يستوجب على عبده ديناً فلا يخلفه الورثة فيه الى هنا لفظ صاحب الهداية فيها في بعض نسخها ولم يكتب هذه النسخة في أكثر نسخها والحق أن يكتب لانه اذا لم يكتب تخلفه الورثة في هذا الموضع الصغير عن الدال أصلاً انتهى وأنت خير بان التعليل المذكور يختص بوضع الديان وتبقى مسألة الجامع الصغير خالية عن التعليل البتة

فصل ومن قتل عبداً خطأ

(وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا (وقال أبو يوسف) آخره وهو قول الشافعي رحمه الله يجب قيمته بالغه ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا وهلك في يده تجب قيمته بالغه ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالمية) وبدل المالمية بالقيمة فالضمان بالقيمة أما أنه بدل المالمية فلأنه (يجب لأولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالمية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالمية أصلا) ان بقي العين (أو بدلا) ان (٣٦٩) هلك (وصار كقليل القيمة

وكأنه غصب) وأما أنه بدل المالمية بالقيمة فظاهر وهذا كما ترى ترجيح الجانب المالمية على الآدمية لان المالمية واجب الرعاية والرعاية في ذلك أكثر لان المال وان كثرا يماثل النفس ويمثل المال (ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله) ووجه الاستدلال ان الله تعالى أوجب الدية مطلقا فمن قتل خطأ حرا كان أو عبدا (والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا) بلا خلاف (وفيه معنى المالمية) حتى ورد عليه الملك بلا خلاف (والآدمية أعلاهما) لا محالة (فيجب اعتبارها باهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما) اذ العكس يفضي الى اهدارهما جميعا لان الآدمية أصل لقيام المالمية بها وفي اهدار الأصل اهدار التابع واهدار أحدهما أولى من اهدارهما فان قيل لا نسلم أن الجمع بينهما متعذر بل بإيجاب القيمة بالغه ما بلغت يوجد الجمع بينهما أوجب

وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي تجب قيمته بالغه ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا وهلك في يده تجب قيمته بالغه ما بلغت بالاجماع لهما أن الضمان بدل المالمية ولهذا يجب لأولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالمية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالمية أصلا أو بدلا وصار كقليل القيمة وكأنه غصب ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله أو جها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالمية والآدمية أعلاهما ما فيجب اعتبارها باهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما وضمنان الغصب بمقابلة المالمية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العدة يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالمية فكذلك أمر الدية

على العبد وقدم الأولى ترجيح الجانب الفاعلية كذا في العناية وهو حق الاداء وقال في النهاية وغاية البيان انما قدم جنابة العبيد على الجنابة عليهم لان الفاعل قبل المفعول وجودا فكذا ترتيبا (أقول) فيه بحث لانه ان اردان ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجودا فهو ممنوع اذ يجوز أن يكون وجود ذات المفعول قبل وجود ذات الفاعل مدة طويلة مثلا يجوز أن يكون عمر المجني عليه سبعين سنة أو أكثر وعمر الجاني عشرين سنة أو أقل وان اردان فاعلية الفاعل قبل مفعولية المفعول وجودا فهو أيضا ممنوع فان المفعولية والفاعلية توحيدان معاني آن واحد وهو أن تعلق الفعل المتعدي بالمفعول بوقوعه عليه اذ قبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية وكل ذلك غير خاف على الفطن العارف بالقواعد (قوله ولابي حنيفة ومحمد رحمه الله قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله أو جها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية) وجه الاستدلال ان الله تعالى أوجب الدية مطلقا فمن قتل خطأ حرا كان أو عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول لو كان الواجب في قتل العبد أيضا خطأ هو الدية التي تكون واجبة بمقابلة الآدمية كان ينبغي أن لا تتفاوت ديات العبيد في المقدار لتساويهم في الآدمية كما لا تتفاوت ديات الاحرار في القيمة لتساويهم في ذلك وان كان بعضهم أشرف من بعض بوجوه شتى مع أن ديات العبيد تتفاوت في المقدار بحسب تشاوت قيمتهم كما هو المذهب فتأمل (قوله ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالمية والآدمية أعلاهما ما فيجب اعتبارها باهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا بلا خلاف وفيه معنى المالمية حتى ورد عليه الملك بلا خلاف والآدمية أعلاهما لا محالة فيجب اعتبارها باهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما اذ العكس يفضي الى اهدارهما جميعا لان الآدمية أصل لقيام المالمية بها وفي اهدار الأصل اهدار التابع واهدار أحدهما أولى من اهدارهما فان قيل لا نسلم أن الجمع بينهما متعذر بل بإيجاب القيمة بالغه ما بلغت يوجد الجمع بينهما أوجب

(٤٧ - تكمله ثامن) بأن الجمع انما يوجد بإيجاب الدية مع كمال القيمة وذلك لا يجوز اقول به نخر وجهه عن الاجماع وقوله (وضمنان الغصب) جواب عن قواهما وكان كالغصب وقوله (وبقاء العقد) جواب عن قولهما ولو قتل العبد المبيع (قوله لان الآدمية أصل لقيام المالمية بها وفي اهدار الأصل اهدار التابع) أقول منقوض بسورة الغصب فان فيها اهدار الأصل دون التابع

وقوله (وفي قليل القيمة) جواب عن قولهما وصار قليل القيمة وقوله (بأثر عبد الله بن مسعود رضي الله عنه) وقع في بعض النسخ
 ابن عباس رضي الله عنهما وهو ما روى عنه لا يبلغ بقيمة العبدية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاول أصح لموافقتيه لاكثر
 النسخ واعترض بأن أثر ابن مسعود رضي الله عنه معارض بما روى أن عمرو بن عبد الله بن عمر رضي الله عنهم أوجبوا في قتل العبد قيمة
 بالغة ما بلغت وأجيب بأن المروى (٣٧٠) عن ابن مسعود رضي الله عنه أرجح لأن فيه ذكر المقدار وهو مما لا يهتدى اليه العقل

وليس فيما روى عن غيره ذلك بل فيه قياس سائر الاموال من تبلغ قيمته بالغة ما بلغت فكان محمولا على أنهم قالوا بالرأى ومثله لا يعارض ما هو وعنه نزلة المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله (لايزاد على خمسة آلاف الا خمسة) أي لايزاد على هذا المقدار قال في النهاية هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية لأنه ذكر في المبسوط فأما طرف المملوك فقد بينا أن المعتبر فيه المائسة لأنه لا يضم من بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت الآن محمد أرحمه الله قال في بعض الروايات القول به إذا يؤدي إلى أنه يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله إلى أن قال فلهذا قال لايزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف الا خمسة وقوله (لان القيمة في العبد كالدية في الحر) يعني يجب في موضةمة العبد نصف عشر قيمة العبد لانه يجب في الحر نصف عشر الدية

وفي قليل القيمة الواجب بمقابله الا دمية الا أنه لا سمع فيه فقد رناه بقيمة رأيا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم ونقصنا منها في العبد اظهارة لا نخطا طرئته وتعين العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال (وفي يد العبد نصف قيمته لايزاد على خمسة آلاف الا خمسة) لان البدن من الادنى نصفه فتعتبر بكماله وينقص هذا المقدار اظهارة لا نخطا طرئته وكل ما يقدر من دية الحر فهو ممة درمن قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه وان غصب أمة قيمتها عشرون ألفا فانت في يده فعليه تمام قيمتها ما بينا أن ضمان الغصب ضمان المالية قال (ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والاقتص منه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع أرض اليد وما نقصه ذلك إلى أن يعتقه ويبطل الفضل) وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباهه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا إلى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح

بأن يعطى لا تلاف احدهما حكم شرعي دون اتلاف الآخر كما فيما نحن فيه فان قتل العبد اتلاف آدمية ومالية معا بخلاف الغصب اذ ليس فيه اتلاف الا دمية أصلا وانما الحاصل به اتلاف المالية بازالة اليد المحقة عنه واثبات اليد المبطلة فيه كما اشار اليه المصنف بقوله وضمنان الغصب بمقابله المالية اذا الغصب لا يرد الا على المال حيث لم يوجد فيه اتلاف الا دمية لم يلزم فيه اهدار الاصل الذي هو الا دمية فان معنى اهداره ان لا يعطى لا تلافه حكم شرعي فاذا لم يوجد اتلافه لم يتصور أن يرتب عليه حكم شرعي فن أن يلزم اهداره تفكر (قوله وفي قليل القيمة الواجب بمقابله الا دمية الا أنه لا سمع فيه فقد رناه بقيمة رأيا) أقول فيه اشكال اذ قد تقر في علم الاصول وشاع في علم الفروع أيضا أن الرأي والقياس لا يجريان في المقادير بل انما تعرف المقادير بالسمع فكيف يجوز التقدير بالقيمة هنا بالرأى من غير سمع وأيضان العبيد لا يتفاوتون في نفس الا دمية لا محالة وعن هذا لا يتفاوتون في شيء من تكاليف الشرع المتوجهة عليهم من حيث الا دمية كالكفاية بالايان والصلاة والصوم وغيرها من شرائع المعاملات والعقوبات كما صرحوا به فكيف يتم تقدير الواجب عليهم بمقابله الا دمية فيما نحن فيه بقيمتهم وهم متفاوتون في القيم (قوله وان غصب أمة قيمتها عشرون ألفا فانت في يده فعليه تمام قيمتها) أقول لقائل أن يقول ذكر هذه المسئلة مرة فيما قبل حيث قال ولو غصب عبد اقيمة عشرون ألفا وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع فما وجه الاعادة هنا وتكرار مسئلة واحدة في موضع قريب ليس من دأب المصنفين كما لا يخفى ويمكن أن يقال أصل المسئلة ما ذكرهنا فانه المذكور في الجامع الصغير والبداهة والذي ذكره فيما قبل انما هو بطريق الاستطراد فرقا بين مسئلة قتل العبد خطأ وبين مسئلة غصبه في الحكم حيث يجب في الاولى أقل من عشرة آلاف درهم اذا زادت قيمته على دية الحر عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف والشافعي ويجب في الثانية قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع وجعل الدليل بينك المسئلتين في البيان في موضع واحد (قوله وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباهه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا إلى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح

(اذ هو) أي القيمة (بدل الدم على ما قررناه) اشار إلى قوله ولا يبي حنيفة ومحمد رجهما الله قوله تعالى ودية (يكون مسئلة إلى أهله وقوله (وان غصب أمة) ظاهر قال (ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى) صورة المسئلة ظاهرة وكذا تفجير المذاهب وقوله (في الوجه الاول) يعني فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقوله (لاشتباهه من له الحق) يعني المستوفى وجهاته تمنع القصاص (قوله ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب الخ) أقول فيه بحث

وقوله (وفيه الكلام) أي فيما إذا كان له ورثة غير المولى وقيل أي في وجوبه على وجه يستوفي لأعلى أصل الوجوب لانه لا فائدة الاستيفاء
فاذا فات المقصود سقط اعتباره وقيل أي في تعدد الاستيفاء وقيل أي في تحقق اشتباه من له القصاص ومعناه أن تعدد استيفاء
القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء وقوله (واجتماعهما لا يزيل الاشتباه)
جواب عما يقال سلمنا أن من له الحق مشتبه لكن يزول الاشتباه باجتماعهما ووجهه أن اجتماعهما لا يزيله لان الملك في الحالين
مختلف فان الملك للمولى وقت الجرح دون الموت ولا ورثة بالعكس وعند (٣٧١) الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد

منهما على الدوام في الحالين
فلا يكون الاجتماع مفيدا
(بخلاف العبد الموصى
بخدمته لرجل وبرقبته
لاخر) فان كل واحد منهما لم
ينفرد بالقصاص لان الموصى
له بالخدمة لا ملك له في الرقبة
والموصى له بالرقبة اذا
استوفى القصاص سقط
حق الموصى له بالخدمة لان
الرقبة فانت لا الى بدل فلا
علاك ابطال حقه عليه ولكن
اذا اجتمعا فقد رضى الموصى
له بالخدمة بفوات حقه
فيستوفيه الا آخر زال
الاشتباه وقوله (على اعتبار
احدى الحالتين) وهى حالة
الجرح قبل العتق والحالة
الاخري هى حالة الموت بعد
العتق وقوله (فيما يحتاج
فيه) يعنى في الذى لا يثبت
بالشبهات فانه يحترز بهذا
عن قال لا آخر على
ألف من قرص فقال المقره
لا بل من عن مبيع فانه يقضى
بالمال وان اختلف السبب
لان ذلك من الاموال
والاموال مما يقع البذل
والاباحة فيها فلا يبالى

يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على
وجه يستوفي وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى
بخدمته لرجل وبرقبته لا آخر اذا قتل لان مال كل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا
اجتمع زال الاشتباه والمجدي في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى أن سبب الولاية قد اختلف
لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والورثة بالولاية على اعتبار الاخرى فتزل منزلة اختلاف المستحق
فيما يحتاج فيه كما اذا قال لا آخر يعنى هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجهاملك لا يحل له وطؤها
يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه الخ) واعترض عليه بعض
العلماء بانه ما معنى هذا التردد وقد صرحوا فيما لو ضرب الامة الحاملة فأعتق المولى الامة ثم ألقته حيا فانت
الولد بأن المعبر حالة الضرب حتى تجب القيمة لا الدية اه اقول ليس هذا بشئ اذ قد صرحوا في بيان
تلك المسئلة بأننا اعتبرنا حالتى الضرب والتلف معا فأوجبنا القيمة دون الدية اعتبارا لحالة الضرب وأوجبنا
قيمه حيا اعتبارا لحالة التلف وقد مر ذلك في الكتاب وشروحه مفصلا في آخر فصل الجنين فكان
ذلك البعض حفظ بعض ما ذكر هناك ونسي بعضه فزعم أن المعبر هناك حالة الضرب فقط (قوله وفيه
الكلام) قال صاحب النهاية أي الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة سوى المولى وقال ووصل شيخى
بخطه الضمير وفيه الى وتعذر الاستيفاء لكن ما لذلك الى ما قلنا اه وقال صاحب الكفاية قوله
وفيه الكلام أي في وجوبه على وجه يستوفي ولا كلام في أصل الوجوب لان الوجوب لا فائدة الاستيفاء
فاذا فات المطلوب منه سقط اعتباره اه وقال صاحب الغاية قوله وفيه الكلام أي كلاما في تحقق
اشتباه من له حق استيفاء القصاص يعنى ان تعدد استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء
وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء اه واختار صاحب العناية من بين تلك الاقوال
ما ذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال قوله وفيه الكلام أي وفيما اذا كان له ورثة غير المولى
ونقل سائر الاقوال بقوله وقيل وقيل وقيل اقول ما ذهب اليه صاحب النهاية في تفسير مراد المصنف
هنا واختاره صاحب العناية ليس بشئ عندى لان المصنف بعد ان قال فيما قبل وانما لا يجب القصاص
في الوجه الاول مراد به ما اذا كان له ورثة غير المولى كما صرح به الشراح فاطبة كيف يحتاج هنا الى
أن يقول والكلام فيما اذا كان له ورثة غير المولى وهلا يكون هذا القوام من الكلام كما يشهد به الفطرة
السلمية وأما ما ذهب اليه شيخ صاحب النهاية وما ذهب اليه صاحب الغاية فلا يخلو كل منهما عن
الر كانه بل عن اللغوية أيضا كما يدركه الذوق الصحيح وانما الحق الصريح هنا ما ذهب اليه صاحب
الكفاية اذ ينتظم المعنى حينئذ جدا ويتعلق الكلام بقربه المتصل به من حيث اللفظ كما ترى (قوله
فتزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاج فيه) قال جمهور الشراح في تفسير ما يحتاج فيه أي الذى

باختلاف السبب كذا في الشروح وفيه نظر فان الاحتراز بالذى لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك
والاولى أن يفسر ما يحتاج فيه بالذم والعرو ج فانه استشهد بعده بحل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات أو يفسر بالذى لا يجري فيه البذل
(قوله والاموال ليست كذلك) اقول فيه بحث بل هى كذلك ألا يرى أنها تثبت بشهادة رجل وامرأتين على ما مر تفصيله ولعل الشبهة
انما نشأت من اشتباه الشبهة بالشك فانها لا تثبت بالثاني دون الاول فتأمل (قوله فانه استشهد بعده بحل الوطء) اقول أي بعدم
حل الوطء فالضاف مقدر (قوله وما يثبت بالشبهات) اقول لفظة مانافية

وهو راجع الى الاول وقوله (ولان الاعتاق قاطع للسراية) دليل آخر وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص
الانرى أن من جرح عبدا انسان (٣٧٣) ثم أعنفه مولاة ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا

القيمة وانما يضمن النقصان فان كان خطأ قبل الاتفاق وان كان عمدا فعند محمد رحمه الله لان الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبأنه قاطع السراية يبيح الجرح بالسراية والسراية بلا قطع فيمنع القصاص كانه تلف بأفة سماوية فان قيل ينبغي أن يجب أرش اليد للمولى لكونه جرحا بالسراية أوجب بأنه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهو القتل لانه اذا سرى تبيّن أن الجناية قتل لا قطع (ولهما أنا نيقنا) ثبوت ولاية الاستيفاء في العمد للمولى فيستوفيه (لان المقضى له) وهو المولى (معلوم والحكم) وهو استيفاء القصاص (متحد فوجب القول بثبوت الاستيفاء بخلاف الفصل الاول) يعني ما اذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق (لان المقضى له مجهول) لانا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضى له هو المولى ولو اعتبرنا حالة الموت كان الورثة (ولا معتبر باختلاف السبب هنا) أى في الفصل الثانى وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى في العمد

ولان الاعتاق قاطع للسراية وبأنه قاطعها يبيح الجرح بالسراية والسراية بلا قطع فيمنع القصاص ولهما أنا نيقنا بنبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضى له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضى له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لان ملك اليمين يغير ملك النكاح حكما لا يثبت بالشبهات وقالوا فانه يحتز به - ذاعن قال لا خر لا على ألف من قرض فقال المقر له بل من عن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع فيها البدل والاباحة فلا يبالى باختلاف السبب اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن الشروح فيه نظر لان الاحتراز بالذى لا يثبت بالشبهات انما يكون مما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك اه أقول هذا النظر ساقط جدا اذ لا شك ان الاموال مما يثبت بالشبهات ألا يرى الى ما صرحوا به في كتاب الشهادة من ان في شهادة النساء شبهة البدلية لقيامهما مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرى بالشبهات من الحدود والقصاص وتقبل فيما سوى ذلك من الحقوق مالا كانت أو غير مال ثم قال صاحب العناية والاولى ان يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فانه استشهد بعدة بحل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات اه أقول فيه خلل أما أولا فلا ان المصنف ما استشهد بعدة بحل الوطء وانما استشهد بعدم حله كما ترى وأما ثانيا فلا ان حل الوطء ليس مما يثبت بالشبهات قطعا نعم لا يجب الحد بالوطء بشبهة الملك أو بشبهة المجل لكن لا يحل الوطء بشئ من ذلك كما عرف في كتاب الحدود فان وجه الخلل الاول بتقدير المضاف بأن يكون الاصل بعدم حل الوطء يبقى الخلل الثانى بلا تحمل توجيه ثم ان بعض الفضلاء قال في نقل عبارة العناية وهو ما يثبت بالشبهات بدل وهو مما يثبت بالشبهات وقال لقطعة مانافية أقول نسخ العناية التى رأيناها لا توافق ما ذكره وعلى فرض صحة ذلك لا يرتفع الاشكال عن كلام صاحب العناية هنا لانه لما فسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج جازم ان يحتز به عن الاموال بالضرورة لانها ليست من الدماء ولا من الفروج فان كان عبارة العناية فانه استشهد بعدة بحل الوطء وهو ما يثبت بالشبهات وكان لقطعة مانافية لزوم ان يرد عليه مثل النظر الذى أورده على سائر الشروح بأن يقال الاموال أيضا لا تثبت بالشبهات على زعمك فصارت كما استشهد به فامعنى الاحتراز عنها بتفسير ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فيلزم ان يكون ماعده أولى مشتركه الارام تأمل تنهم (قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية وبأنه قاطعها يبيح الجرح بالسراية والسراية بلا قطع فيمنع القصاص) هذا دليل آخر لمحدرجه الله تعالى وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص ألا يرى أن من جرح عبدا انسان ثم أعنفه مولاة ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة فان كان خطأ قبل الاتفاق وان كان عمدا فعند محمد رحمه الله تعالى لان الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبأنه قاطع السراية يبيح الجرح بالسراية والسراية بلا قطع فيمنع القصاص كانه تلف بأفة سماوية كذا في العناية وكثير من الشروح وقال في العناية بعد ذلك فان قيل ينبغي أن يجب أرش اليد للمولى لكونه جرحا بالسراية أوجب بأنه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهو القتل لانه اذا سرى تبيّن ان الجناية قتل لا قطع اه أقول فيه بحث وهو انه ان أراد بقوله فى السؤال ينبغي أن يجب أرش اليد للمولى أنه ينبغي أن يجب ذلك فى مسألة الكتاب كما هو الظاهر من قوله أرش اليد دون

لان الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو فى الحالين لواحد وهو المولى بخلاف تلك المسئلة يعنى والاستيعاق المستشهد بها بقوله كما اذا قال لا آخر يعنى هذه الجارية الخ فان الحكم فيها يختلف (لان ملك اليمين يغير ملك النكاح حكما) لان ملك النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين قد لا يثبت ولو أثبت لم يكن مقصودا واختلف الحكم كما اختلف السبب

وقوله (والاعتناق لا يقطع السراية) جواب عن قوله ولان الاعتناق فاطع للسراية ومعناه الاعتناق فاطع للسراية في صورة الخطادون العبد وذلك لانه لا يقطع السراية (لذاته بل لاشتباها من له الحق وذلك في الخطا لان العبد لا يصلح مالكا للمال) فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق (وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت حر ربه فتنقض منه ديونه وتنقذ وصاياه فجاء الاشتباه أما العبد فوجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه) فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق (٣٧٣) الخلافة عنه اذا فرض أنه (لا وارث

سواه فلا اشتباه فيمن له الحق) والحاصل من هذا كله ان صور من قطع يد عبيد غيره فأعتقه المولى ثم مات لا تزيد على أربع لانه اما ان قطع عدا أو خطأ فان كان الاول فاما أن يكون للعبد وارث سوى المولى أو لم يكن فان كان يقطع الاعتناق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضى له والمقضى به وان لم يكن لا يقطعها عندهما خلافا لمحمد رحمه الله وان كان الثاني فالاعتناق يقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث أو لم يكن فلا تجب القيمة أو الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والباقي ظاهر قال (ومن قال لعبيده أحد كما حر ثم شجأ) اذا قال لعبيده أحد كما حر ثم شجأ فأوقع العتق على أحدهما أي بين ذلك المبهم بالتعيين في أحدهما وانما ذكره بلفظ أوقع ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما في حق الارس معينا وان كان ظهرو وقوع العتق على أحدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل فانه اذا قال أحد كما

والاعتناق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباها من له الحق وذلك في الخطادون العبد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت حر ربه فتنقض منه ديونه وينقذ وصاياه فجاء الاشتباه أما العبد فوجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذا وارث له سواء فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد يجب أرش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتناق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه وبطل الفضل وعند محمد في الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد في الثاني قال (ومن قال لعبيده أحد كما حر ثم شجأ فأوقع العتق على أحدهما فأرشهما للمولى) لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة (ولو قتلها رجل نجس بديه حر وقيمة عبيد) والفرق أن البيان انشاء من وجهه واظهار من وجهه على ما عرف أن يقول أرش الجرح فلا ورود للسؤال المذكور أصلا لان يجب أرش اليد للمولى عند محمد في مسألة الكتاب على ما صرح به في الكتاب فلا مجال للسؤال على دليل محمد رحمه الله بأنه ينبغي على مقتضاه أن يجب أرش اليد للمولى وان أراد به أنه ينبغي أن يجب ذلك في المسألة التي ذكرناها هنا على سبيل التنوير وهي ان من جرح عبدا انسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة فلا سؤال المذكور ورود ولكن الجواب عنه بما ذكره منقوض بمسألة الكتاب فانه يجري فيها أيضا مع انه يجب فيها أرش اليد عند محمد كما تحققته تدبر (قوله وذلك في الخطادون العبد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت حر ربه فجاء الاشتباه) أقول في هذا المقام ضرب من الاشكال لان الحق على اعتبار حالة الموت وان كان للميت لانه لا يتقرر عليه بل ينتقل الى المولى بالوراثة فكان من له الحق في المال على كلتا الحالتين هو المولى فلا اشتباه ألا يرى الى قول المصنف في صورة العبد وعلى اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه اذا وارث سواء فلا اشتباه فيمن له الحق وان ادعى ان اختلاف من له الحق ابتداء كاف في تحقق الاشتباه المقضى لقطع الاعتناق السراية واتحاده بالنظر الى الانتهاء والمال غير مفيد في دفع ذلك بقية الاشكال على صورة العبد فان حق القصاص في هاتيك الصورة للعبد على اعتبار حالة الجرح لكون العبد مبقى على أصل الحرية في حق القصاص كما صرحوا به والمولى على اعتبار حالة الموت بناء على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى من ان حق استيفاء القصاص ثابت للوارث ابتداء من غير أن ينتقل اليه بطريق الوراثة كما في الدية لان ملك القصاص انما يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله لانه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت بخلاف الدية لان الميت من أهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة وتعلق بها صيد بعد موته على ما تقرر كله في أول باب الشهادة في القتل من كتاب الجنائيات فيم يلزم اشتباه من له الحق ابتداء في صورة العبد أيضا على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلا يظهر الفرق بين صورتي الخطا والعبد بالوجه المذكور في الكتاب على أصله فلا يتم التقريب على قوله في مسئلتنا فليتنا مل في الدفع

حرفات أحدهما أو قتل تعين العتق للآخر (فأرشفهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة) فيكون أرشفهما للمالك (ولو قتلها رجل نجس بديه حر وقيمة عبيد) لا قيمة عبيدين ولا دية حرين (والفرق ان البيان وهو تعيين العتق المبهم في أحدهما انشاء من وجهه اظهر من وجهه على ما عرف) في أصول الفقه أن البيان انشاء من وجهه حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء فلو مات أحدهما فبين العتق فيه لا يصح واظهر من وجهه حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من وجهه لما أجبر عليه اذا المره لا يجبر على انشاء العتق

والعبد (بعد الشجة محل للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا له فاعتبرناه اظهرا محضاً واحدهما حر يبقين فوجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل) والاصل في هذا أن القاتل إما أن يكون واحداً أو اثنين فإن كان واحداً فأما أن قتلهما معاً أو متعاقباً فإن كان الأول فالحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة للمولى والدية للورثة فإن لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر وإن كانت فكل واحد منهما متجديته في حال وقيمته في حال ويقسم ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان وأما اذا اختلفتا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر لا تنيقن أنه قتل عبداً وحر أو قتل الحر وجب الدية وليس أحدهما أولى من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما وإن كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني يقتل الأول فكان على القاتل قيمة الأول للمولى ودية الثاني للورثة وإن كان القاتل اثنين فاما ان قتلا معاً ومتعاقباً فإن كان الأول كان على كل واحد منهما قيمة عبدان كل واحد (٣٧٤) من القاتلين انما قتل أحدهما بعينه والعنق في حق العين كانه غير نازل

وانما هو نازل في المنكر ولا تنيقن ان كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فوجب على كل واحد منهما القدر المنيقن به وهو القيمة ولم يبين في المبسوط ان ذلك للمولى أو لورثتهما وقيل هذا والأول سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة فإن العنق في حق المولى ثابت في أحدهما فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين وإن لم يدرأيهما قتل أو لا فالحكم كذلك وإن كان الثاني فعلى القاتل الأول قيمته لمولاه وعلى الثاني دية الثاني لورثته لأن العنق تعين فيه وقد ظهر لك من هذا ان ما ذكره المصنف رحمه الله فيما اذا كان قتلهما معاً سواء كان

وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهرا محضاً واحدهما حر يبقين فوجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث يجب قيمة المملوكين لأنهم تنيقن يقتل كل واحد منهما حر أو كل منهما مملوك ذلك ولأن القياس يأبى ثبوت العنق في المجهول لأنه لا يفيد فائدة وانما صحته ضرورة صحة التصرف وأثبتناه ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيقتدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوك كافي حقها قال (ومن فقأ عيني عبداً فإن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته وإن شاء أمسكه ولا شيء له من النقصان عند أبي حنيفة وقالوا ان شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته) وقال الشافعي يضمه كل القيمة ويمسك الجنة لأنه يجعل الضمان مقابلاً بالغائب فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع إحدى يديه أو فقا إحدى عينيه ونحن نقول ان المالمية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات فصر اعليه

(قوله وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما) أقول لقائل أن يقول الظاهر المطابق لوضع المسئلة أن يقال فاعتبر انشاء في حق من أوقع العنق عليه وهو أحدهما المتعين بالبيان فتأمل في التوجيه (قوله ونحن نقول ان المالمية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات فصر اعليه) قال جمهور الشراح في حل هذا المقام يعني ان المالمية معتبرة في حق الاطراف كما انهم معتبرة في حق الذات لسقوط اعتبار المالمية في حق الذات فصر اعليه أي لأن اعتبار المالمية في حق الذات مقتصر اعليه ساقط بالاجماع يعني لم يقتصر اعتبار المالمية على الذات فحسب بل اعتبر في حق الذات والاطراف جميعاً هذا ما قالوا (أقول) فعلى هذا المعنى يكون كلام المصنف هنا منافياً لما ذكره في تعليل المسئلة المارة في صدر هذا الفصل من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمه الله تعالى حيث قال ولأن فيه أي في العبد معنى الأدمية حتى كان مكلفاً وفيه معنى المالمية والأدمية اعلاهما فيجب اعتبارها بأحد الأدي عند تعذر الجمع بينهما اه فان مدلول

القاتل واحد أو اثنين وقوله (ولأن القياس) معطوف على أن في قوله والفرق أن البيان انشاء ووجهه أن وإذا القياس (بأبي ثبوت العنق في المجهول) لأنه لا يفيد فائدة العنق من أهلية الولاية للقضاء والشهادة وما هو كذلك فلا معتبر به في الشرع (وانما صحته ضرورة صحة التصرف وأثبتناه ولاية النقل من المجهول الى المعلوم) بطريق البيان بتعيين المبهم في أحدهما بعينه (فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس) لأنها محل العنق (دون الاطراف) لأنه ان حلها حل تبعاً فبقي العبد مملوك كافي حق الاطراف على أصل القياس قال (ومن فقأ عيني مملوكاً) هذه المسئلة تسمى مسئلة الجنة المباحة بوضوحها ظاهرة ودليل الشافعي رحمه الله كذلك وفاس على ما اذا قطع يدي حر أو مدبر وعلى ما اذا قطع إحدى يديه وفقاً إحدى عينيه ونحن نقول ان المالمية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لأن اعتبارها في حق الذات أي جميع البدن وحده مقتصر اعليه ساقط بالاجماع فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف ولأنها أولى باعتبار المالمية فيها لأنها يسلك بها مسلك الاموال

(قوله فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف) أقول فيه بحث

وإذا كانت معتبرة في الاطراف كان قيامها فيها كقيامها في الذات وفواتها بفواتها كفواتها (٣٧٥) بفوات الذات فكان اتلاف الاطراف

كان اتلاف الذات من وجهه
بتفويت جنس المنفعة (وقد
وجد اتلاف النفس من وجهه
بتفويت جنس المنفعة)
فوجب الضمان (والضمان
يتقدر بقيمة الكل) وأداء
قيمة الكل يقتضي (تملك
الجنة دفعا للضرر ورعاية
للمأثلة بخلاف ما إذا فاقا
عيني حر لانه ليس فيه معنى
المالية وبخلاف عيني
المدير لانه لا يقبل الانتقال
من ملك الى ملك وفي قطع
احدى اليدين وفق احدى
العينين لم يوجد تفويت
جنس المنفعة) حتى يصير
بمنزلة اتلاف النفس *
ولما فرغ من الاستدلال
على الشافعي رحمه الله شرع
في الاستدلال لبعض
أصحابنا رحمه الله فقال
(ولهما) أي لابي يوسف ومحمد
رحمهما الله (أن معنى المالية
لما كان معتبرا وجب أن
يتخير المولى على الوجه الذي
ذكرناه) وهو قوله وقالان
شاء أمسك العبد الخ وبين
الملازمة بقوله (كافي سائر
الاموال فان من خرق ثوب
غيره خرقا فاحشا ان شاء
المالك دفع الثوب اليه
وضمنه قيمته وان شاء أمسك
الثوب وضمنه النقصان وله
أن المالية وان كانت معتبرة
في الذات فالأدمية غير مهددة
فيه وفي الاطراف أيضا

وإذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجهه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب أن يملك الجنة دفعا للضرر ورعاية للمأثلة بخلاف ما إذا فاقا عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدير لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفق احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كافي سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالأدمية غير مهددة فيه وفي الاطراف أيضا ألا ترى ان عبد الوقطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الأدمية لان موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ثم من أحكام الاولى أن لا ينقسم على الاجزاء ولا يملك الجنة

ما قاله هنالك ان المالية التي هي أدنى من الأدمية مهددة في حق ذات العبد لانه عذر الجوع بينها وبين الأدمية وانما المعتبرة فيه هي الأدمية عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ومردول كلامه هنا على المعنى المذكور أن المالية معتبرة في حق ذات العبد وأطرافه جميعا عند أئمتنا فينبغي ما تدافع لا يخفى ثم ان صاحب العناية من بين هؤلاء الجمهور قال في تقرير المعنى المذكور ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات أي في جميع البدن وحده مقتصر عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف اه (أقول) فيه خلل زائد أما أولا فلا تفسر الذات بجميع البدن وليس يصحح لان جميع البدن من الاطراف قال في الصحاح بدن الانسان جسده وقوله تعالى فاليوم نجعل بيده ذكورا ابجد لارواح فيه اه وانما المراد بالذات ما يقابل الاطراف وهو النفس وانلافها بإزالة الروح وأما ثانيا فلا تله على سقوط اقتصار اعتبار المالية على الذات بقوله فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف وليس بسديد لان إيجاب الشرع كمال الدية بتفويت ذلك لا يدل على اعتبار المالية في حق الاطراف لجواز أن يكون إيجابه إياه بالأدمية كما في الحر تدبر وقال تاج الشريعة من الشراح في حل كلام المصنف هنا يعني ان اعتبار المالية في الاطراف لا في الذات لانها تسلك مسلك الاموال ولهذا لا يتحملها العاقلة وفسر الذات في قول المصنف المالية قائمة في الذات بالعبد حيث قال أي في العبد وقال في شرح قوله لسقوط اعتبارها في حق الذات قصر عليه يعني ان سقوط اعتبار المالية مقتصر في النفس لا في الاطراف ووجوب الضمان بدل الأدمية لا بدل المالية ولهذا لا يجاوز على عشرة آلاف بل ينقص عشرة فتكون المالية في العبد باعتبار الاطراف اه (أقول) هذا المعنى هو المطابق لما ذكره المصنف في تعليل المسئلة المارة في صدر الفصل من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كان في استفادته من عبارة المصنف ههنا عمل كثير كما ترى لكنه غير مطابق لما ذكره هنالك من قبل أبي يوسف وكلامه ههنا مسوق لا قامة الحجة على الشافعي من قبل أئمتنا جميعا ولهذا قال ونحن نقول فلا بد أن يطابق لأصلهم جميعا وقد فات ذلك وبالجملة ان كلام المصنف رحمه الله هنا ليس بخال عن الاضطراب كما لا يذهب على الفطن واعمل صاحب الكافي فظن له حيث ترك أسلوب تقرير المصنف ههنا وسلك مسلكا آخر في التقرير والبيان مع كون عادته أن يقتضي أن المصنف في وضع المسائل وتقرير الدلائل (قوله وله أن المالية وان كانت معتبرة في الذات فالأدمية غير مهددة فيه وفي الاطراف أيضا) أقول الظاهر من هذا البيان أن المالية والأدمية معتبرتان معا في ذات العبد أي نفسه وأطرافه أيضا

ألا ترى ان عبد الخ) وهو واضح وقوله (ثم من أحكام الاولى) أي الأدمية (أن لا ينقسم على الاجزاء) أي لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والفئات من الطرف بل يكون بإزاء الفئات لا غير كافي فق عيني الحر (ولا يملك الجنة)

وقوله (ومن أحكام الثابتة) أي المالية (أن ينقسم) أي موجب الجناية وهو الضمان على الأجزاء والجنة وغلك الجنة كما في تخريب
 الذوب (فوفرناعلى الشبهين حفظهما من الحكم) يعني بالنظر إلى الأدمية ينبغي أن لا يجب الضمان متوزعاً بل بأزاء القسائم لا غير
 وبالنظر إلى المالية ليس له أن يأخذ كل بدل العين مع امساكه الجنة كما أنه ليس له ذلك في المال وفيما قال الغاء لجانب الأدمية
 حيث جعله كالثوب المخروق وفيما قال الشافعي رحمه الله الغاء لجانب المالية أصلاً حيث جعله كحرف قى عيناه فوفرناعلى الشبهين
 حفظهما وقلنا ان شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته تظر إلى المالية وان شاء أمسكه ولا شيء له تظر إلى الأدمية والله أعلم
 فصل في جنابة المدبر وأم الولد (٣٧٦) لما ذكر باب جنابة المملوك والجنابة عليه قدم من هو اكمل في

استحقاق اسم المملوكية
 وهو العبد ثم ذكر فصل من
 هو أحط رتبة منه في اسم
 المملوكية وهو المدبر وأم
 الولد غير أن أم الولد أحط
 رتبة أيضاً من المدبر في ذلك
 الاسم حتى ان القاضي لو
 قضى بجواز بيعها لا ينفذ
 بخلاف المدبر وهي اثني
 أيضاً لافوته والاحتياط
 في اسم المملوكية أوجباً
 تأخير ذكرها عن ذكر
 المدبر قال (واذا جنى
 المدبر وأم الولد جنابة ضمن
 المولى الخ) جنابة المدبر على
 سيده في ماله دون عاقلته
 حاله (الماروي أن أبا عبيدة
 ابن الجراح رضى الله عنه
 قضى بجنابة المدبر على
 مولاه) وكان أميراً بالشام
 وقضاياه تظهر بين الصحابة
 رضى الله عنهم وكان حكمه
 بمحض من الصحابة ولم
 ينكره عليه أحد فحل محل
 الإجماع (ولانه صار مانعاً من
 تسليمه) كما ذكره في الكتاب

ومن أحكام الثابتة أن ينقسم ويتكافأ الجنة فوفرناعلى الشبهين حفظهما من الحكم
 فصل في جنابة المدبر وأم الولد قال (واذا جنى المدبر وأم الولد جنابة ضمن المولى الأقل من
 قيمته ومن أرشها) لما روى عن أبي عبيدة رضى الله عنه أنه قضى بجنابة المدبر على مولاه ولانه صار
 مانعاً عن تسليمه في الجنابة بالتدبير أو الاستيلاء من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجنابة
 وهو لا يعلم وانما يجب الأقل من قيمته ومن الأرض لانه لا حق لولى الجنابة في أكثر من الأرض ولا منع من
 المولى في أكثر من القيمة ولا تخيير بين الأقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لا اختياره الأقل لا محالة
 بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الأعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء (وجنابات المدبر وان
 نألت لا توجب الاقيمة واحدة) لانه لا يمنع منه الا في رتبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك
 لا يتكرر فهذا كذلك

عند أبي حنيفة رحمه الله وقد مر من المصنف في أول الفصل ان المعتبر في ذات العبد عند أبي حنيفة
 ومحمد رحمه الله هي الأدمية دون المالية فانهم اهدروا في ذاته عندهما في فصل الجنابة ولهذا لو زادت
 قيمته على تمام الدية ينقص عنه عشرة دراهم عندهما فكان بين كلاميه في المقامين تدافع اللهم الآن
 يحمل قوله هنا ان المالية وان كانت معتبرة في الذات على مجرد الفرض فالمعنى ان المالية وان فرضت
 معتبرة في الذات فالأدمية غير مهذرة فيه لكنه لا يخلو عن بعد

فصل في جنابة المدبر وأم الولد والجنابة على كل واحد منهما لما ذكر باب جنابة
 المملوك والجنابة عليه قدم من هو اكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل
 من هو أحط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء فيه
 ان الملك كامل في المدبر وأم الولد دون الرق كما صرحوا به بخلاف المكاتب فانه على العكس اه
 (أقول) في الجواب عنه من طرف الشراح ان كمال الملك في المدبر وأم الولد بالنسبة إلى المكاتب
 حيث يملكهما المولى يدور رتبة بخلاف المكاتب فان مولاه يملكه رتبة لا يدا كما عرف في محله
 لا ينافي أكلية الملك في العبد فان مولاه كما يملكه يدور رتبة يملكه من جهات عامة التصرفات فيه
 بخلاف المدبر وأم الولد فان مولاه لا يملك التصرف فيه مامن جهة البيع والهبة واشباههما
 لانهما لا يصلحان ذلك عندنا على ما عرف أيضاً في محله ولا يخفى أن أكلية الملك في العبد كافية في تفديعه
 على المدبر وأم الولد في الذكرك في باب جنابة المملوك والجنابة عليه وقد أفصح عنه عبارة الشراح حيث

ويضمن المولى الأقل من قيمته ومن الأرض لانه لا حق لولى الجنابة في أكثر من الأرض ولا منع من المولى في
 أكثر من القيمة وقوله (ولا يخير بين الأقل والاكثر) واضح

(قوله وفيما قاله الشافعي الغاء لجانب المالية أصلاً حيث جعله كحرف قى عيناه) أقول الشافعي اعتبر المالية فيما اذا قتل العبد خطأ
 فيما لا اعتبره هنا الأدمية

فصل في جنابة المدبر وأم الولد (قوله وهو العبد) أقول الأول وهو القن (قوله ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة في اسم المملوكية وهو
 المدبر وأم الولد) أقول فيه أن الملك كامل في المدبر وأم الولد دون الرق على ما صرحوا به بخلاف المكاتب فانه على العكس

وقوله (ويتضاربون بالخصم فيها) أي في القيمة (وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجنابة عليه) قال في النهاية ومن صورته ما ذكره في المسوط قال وإذا قتل المدبر رجلا خطأ وقيمتة ألف درهم ثم زادت قيمته إلى ألفين ثم قتل آخر خطأ ثم أصابه عيب فرجعت قيمته إلى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولا القادرهم لأنه جنى على الثاني وقيمتة ألفان ولولم يكن منه الا تلك الجنابة لكان المولى ضامنا بقيمتة ألفين ثم ألف من هذا لولي القتل الاوسط خاصة لان ولي الاول انما ثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم فلا حق له في الألف الثانية فيسلم ذلك لولي القتل الاوسط وخمسمائة من الألف الأولى يوزن ولي القتل الاول وبين الاوسط لأنه لاحق في هذه الخمسمائة لولي القتل الثالث وانما حقه في قيمته يوم جنى على وليه فتقسم هذه الخمسمائة بين الاوسط والاوّل يضرب فيها الاوّل بعشرة آلاف والاوسط بتسعة آلاف لأنه وصل اليه من حقه ألف والخمسمائة الباقية بينهم (٣٧٧) جميعا يضرب فيها الاوّل بعشرة آلاف لأنه ما وصل اليه شيء من حقه ويضرب الاوّل بعشرة آلاف الا ما أخذ لأنه وصل اليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به وكذلك الاوسط لا يضرب بما أخذ في المرتين وانما يضرب بما بقي من حقه فتقسم الخمسمائة بينهم على ذلك وقوله (فلا شيء عليه) أي على المولى لأنه ما لزمه أكثر من قيمة واحدة بجنائياته وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه شيء وقوله (وان دفع قيمته بغير قضاء فالولي بالخيار) أي فولي الجنابة الثانية بالخيار (ان شاء اتبع المولى) بنصف قيمته في ذمته ثم يرجع المولى على الاول لأنه تبين أنه استوفى منه زيادة على مقدار حقه (وان شاء اتبع ولي الجنابة) الاولى (وهذا عند أبي حنيفة رجه الله وقال لا شيء على المولى)

ويتضاربون بالخصم فيها وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجنابة عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق قال (فان جنى جنابة أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى ولي الاول بقضاء فلا شيء عليه) لأنه مجبور على الدفع قال (وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجنابة وهذا عند أبي حنيفة وقال لا شيء على المولى) لأنه حين دفع لم تكن الجنابة الثانية موجودة فقد دفع كل الحق إلى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولا شيء عليه ان المولى جان بدفع حق ولي الجنابة الثانية طوعا وولي الاول ضامن بقبض حقه ظلمًا فخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجنابة الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجنابة الثانية في حقه فجعلت كالمقارنة في حق التضمن لابطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين

قالوا قدم من هو كمل في استحقاق اسم الملوكية وهو العبد تبصر (قوله عملا بالشبهين) قال جمهور الشراح يعني لما عملنا بشبه التأخر في ضمان الجنابة حتى اعتبرنا بقيمتة يوم الجنابة الثانية في حقهما وجب أن نعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع اهـ (أقول) فيه نظر اذ الخصم أن يقول قد تحقق العمل بشبه المقارنة في حق تشريك ولي الجنابة الثانية لولي الجنابة الاولى اذ لولا العمل بذلك لكان المدفوع كله لولي الجنابة الاولى خاصة لتقدمه في استحقاقه المدفوع على ولي الجنابة الثانية حقيقة وحكما ولكن لما جعلنا الثانية مقارنة للاولى حكما عملنا بشبه المقارنة فشاركنا ولي الثانية لولي الاول كما دل عليه قول المصنف لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجنابة الاولى فاذا وقع العمل بشبه المقارنة مرة فقد وجد العمل بالشبهين فلم يبق الاحتياج إلى العمل بشبههما مرة أخرى بتضمن بعض المدفوع للمولى وقال صاحب الغاية في بيان معنى المقام جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمن اذ اوقع بغير قضاء لأنه أبطل ما تعلق به حق الثاني ولم يجعل كالمقارنة اذ اوقع بقضاء لأنه مجبور بالدفع عملا بشبه المقارنة والتأخر اهـ وقد نفع له صاحب العناية بقيل بعد ان ذكر المعنى الاول ولم يتعرض له بشيء (أقول) فيه خلل لان العمل بالشبهين أمر واجب مهما أمكن على ما عرف في موضعه فلما أمكن العمل بهما في صورة واحدة مما نحن فيه وهي ما اذا اوقع الدفع بغير قضاء كما ظهر مما سبق لم يصح المصير في اعتبار العمل بهما إلى التوزيع على مجموع الصورتين كما فعله ذلك القائل وانما كان يصح

(٤٨ - تكمله ثامن) لانه ليس بحان في الدفع (لانه حين دفع لم تكن الجنابة الثانية موجودة وقد دفع كل الحق إلى مستحقه فصار كما اذا دفع بالقضاء) لانه فعل بنفسه عين ما يأمره القاضي لو رفع اليه فيكون القضاء وغير القضاء فيه سواء كما في الرجوع في الهبة ولأبي حنيفة رجه الله ان كل واحد من الدافع والقابض جان أما الدافع وهو المولى فلانه دفع حق ولي الجنابة الثانية طوعا وأما القابض وهو ولي الجنابة الاولى فيقبض حق ولي الثانية ظلمًا والرجوع على الجاني جائز فيخير في الرجوع وبين ذلك بقوله (وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجنابة الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجنابة الثانية في حقهما فجعلت الثانية كالمقارنة للاولى في حق التضمن لابطاله) أي ابطال المولى (ما تعلق به من حق ولي الجنابة الثانية) وذلك لأنه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق وذلك في حق أولياء الجنات بين سواء فيجعل كان الدفع كان بعد وجود الجنابيتين جميعا وهناك لو دفع إلى أحدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للاخر الخيار فكذلك ههنا وقوله (عملا بالشبهين)

يعني لما علمنا بشبه التأخر في ضمان الجنابة حتى اعتبرنا قيمته يوم الجنابة الثانية في حقها وجب أن يعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين إذا دفع بغير قضاء لأنه أبطل ما تعلق به حق الثاني ولم يجعل كالمقارنة إذا دفع بقضاء لأنه مجبور بالدفع مما يشبه المقارنة والتأخر وقوله (وإذا أعتق المولى المدبر الخ) واضح

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنابة في ذلك

لماذا كره حكم المدبر في الجنابة (٣٧٨) ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به قال (ومن قطع

(وإذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنابات لم تلزمه الاقيمة واحدة) لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتناق من بعد وعده بمنزلة (وأما الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا) لان الاستيلاء مانع من الدفع كالتدبير (وإذا أقر المدبر بجنابة الخطأ لم يجز إقراره ولا يلزمه به شيء عتق أولم يعتق) لان موجب جنابة الخطأ على سيده وإقراره به لا ينفذ على السيد والله أعلم

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنابة في ذلك

قال (ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لاشي عليه) والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بأفق سماوية فتجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني ذلك لولم يتصور العمل بهما في صورة واحدة بل كان اعتبارهما موقوفاً على مجموع الصورتين وليس فليس ثم انه يرد عليه أيضاً أن يقال يتحقق العمل بالشهين بأن تجعل الثانية كالمقارنة للأولى في حق تشريك ولي الثانية لولي الأولى وان تجعل متأخرة عنها من حيث أن يعتبر قيمته يوم الجنابة فلم يقتض العمل بهما ما هو المطلوب هنا كما لا يخفى

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنابة في ذلك

قال في النهاية لماذا كره حكم المدبر في الجنابة ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به اه واقتنى أثره صاحب العناية (أقول) فيه قصور وفقر أو أوفلاً ن وجهه ذكر غصب العبد في هذا الباب كان ضائعاً على هذا التوجيه وأما تأنيقاً ن ما ذكر في هذا الباب مما يرد على المدبر ويرد منه من قبيل الجنابة عليه أو الجنابة منه فكان من حكم المدبر في الجنابة فامعنى قوله لماذا كره حكم المدبر في الجنابة ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وأما تأنيقاً ن الصبي ليس يلحق بالمدبر في حكمه المذكور في هذا الباب كما لا يخفى على الناظر المتأمل في المسائل الآتية في هذا الباب نعم يجوز أن يعد ملحقاً بالمدبر بل بالعبد في كونه مجبوراً عن التصرفات على ما بين في كتاب الحجر ولكنه لا يقتضي ذكر حكمه في هذا الباب دون الباب السابق فلا يتم التقريب في قوله وذكر حكم من يلحق به وقال في معراج الدراية لماذا كره حكم العبد والمدبر في الجنابة شرع في بيان ما يرد عليهم ما وما يرد منهم ما وذكر حكم من يلحق بهما اه (أقول) وقع فيه تدارك دفع المحذور الأول من المحذورات الواردة على تقرير صاحبي النهاية والعناية ولكن بقي المحذوران الآخران منها وأردن عليه أيضاً كما ترى وقال في غاية البيان لماذا كره جنابة العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنابتهما مع غصبهما لان المفرد قبل المركب ثم جرح كلامه الى بيان حكم غصب الصبي اه وتبعه العيني (أقول) هذا أشبه الوجوه المذكورة وان أمكن التقرير برأى حسن منه تدبر (قوله والفرق أن الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بأفق سماوية الخ)

يد عبده ثم غصبه رجل) ذكر في هذه المسئلة ان غصب العبد بعد أن قطع المولى يده يقطع السراية وقبله لا يقطعها وفرق بينهما (بأن الغصب سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بأفق سماوية فيجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني

(قوله وجب أن يعمل بشبه المقارنة) أقول قد عمل به في حق تشريك لولي الجنابة الأولى ثم الأولى تبدل النصف ببعض

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنابة في ذلك

(قوله ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفاً فيصير مسترداً) أقول هذا الفرق مشكل لان السراية انما تنقطع باعتبار تبدل الملك لا اختلاف المستحقين والغصب ليس

بسبب الملك وصفوا الغاصب لايالك الابداء الضمان ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد وذلك بعد فكانت

ملك المولى البدل ولم يوجد تحقيقه لان معنى قواهم بقطع السراية أن ما حصل من التلف بالسراية يكون هدراً الآن بنسب ذلك الى غير الجاني كذا في شرح الزيلعي وفيه أن المراد بقطع السراية ليس ما هو المعروف بل أن لا يجعل الهلاك مضافاً الى قطع المولى فيبرأ الغاصب عن الضمان فانه يجعل في حق الغاصب كأنه مات بأفق سماوية فيضمن فليتنامل

فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا) وكيف لا يكون مستردا (وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان) واعترض الامام قاضيان بأن هذا يخالف مذهبا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البديل على الغاصب بقضاء أو رضالا ان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البديل على الغاصب أما قبله فلا قال نص عليه في آخر رهن الجامع الثاني من جناباته الا أنه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد أقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانه قد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه أو مثله ويد الغاصب ثابتة على المصوب حقيقة وحكاو يد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكما لا حقيقة (٣٧٩) لان بعد الغصب لم تثبت يده

على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكاو لم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان وفيه نظر لا نالنا نسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكمتان بكما هما والبدا حقيقة واجبة الرفع لكونها عدوا نالنا تصلح معارضا ولا مرجحا وقوله (واذا غصب العبد المحجور عليه) واضح وقوله (مؤاخذ بافعاله) يعني في حال رقه وأما في أقواله فان كان فيما يوجب الحدود والقصاص فكذلك وان كان فيما يجب به المال فلا يؤاخذ به في رقه وانما يؤاخذ به بعد الحرية وقوله (ومن غصب مدبرا) واضح وقوله (من غير أن يصير مختارا للقاء) لان المولى لم يعلم وقت التدبير بجنابة

فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وان استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال (واذا غصب العبد المحجور عليه عيدا محجورا عليه فبات في يده فهو ضامن) لان المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله قال (ومن غصب مدبرا فجن جنابه ثم رده على المولى فجن عنه جنابه أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لان المولى بالتدبير السابق أخرج نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختارا للقاء فيصير مبطلا حق أولياء الجنابة اذ حقهم فيه ولم يمنع الارقية واحدة فلا يزداد على قيمتها ويكون بين ولي الجنابتين نصفين لاستوائهم ما في الموجب قال (ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب) لانه استحق نصف البديل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بسبب قال (ويدفعه الى ولي الجنابة الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله

واعترض الامام قاضيان في شرح الجامع الصغير على هذا التعليل بعد ان نقله عن بعض المشايخ ثم علل المسئلة بوجه آخر حيث قال بعد نقل ذلك الا أن هذا يخالف مذهبا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البديل على الغاصب بقضاء أو رضالا ان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البديل على الغاصب وأما قبله فلا كما نص عليه في آخر رهن الجامع والباب الثاني من جناباته الا أنه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد أقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانه قد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه أو مثله ويد الغاصب ثابتة على المصوب حقيقة وحكاو يد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكاو لم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب لان الغصب يرتفع بها الى هنا كلام قاضيان وقد نقله جماعة من الشراح ولم يتعرضوا له بشئ وأما صاحب العناية فبعد ان نقل ما قاله قاضيان أورد على ما اختاره من التعليل نظرا حيث قال وفيه نظر لا نالنا نسلم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكمتان بكما هما والبدا حقيقة واجبة الرفع لكونها عدوا نالنا تصلح معارضا ولا مرجحا انتهى (أقول) نظره ساقط اذ لا وجه لمنع ثبوت يد الغاصب عليه حكما فان معنى ثبوت اليد على الشيء حكما أن يرتب على تلك اليد حكم من الاحكام وقد ترتب على يد الغاصب فيما نحن فيه وجوب الضمان بالاجماع

فحدث من المدبر في المستقبل فصار هذا بمنزلة اعتاق العبد الجاني من غير علم بجنابته فان فيه الاقل من قيمته ومن الارش فكذا هذا وقوله (فبصير) ظاهر وقوله (فصار كما اذا استحق نصف العبد) هذا السبب أي بسبب كان عند الغاصب كما اذا غصب عيدا فجنى في يده فرده الى المولى فجن جنابه فدفع الى ولي الجنابتين كل للمولى أن يأخذ من الغاصب نصف قيمته كذا هذا وقوله (ويدفعه) أي النصف المأخوذ من الغاصب (الى ولي الجنابة الاولى ثم يرجع بذلك) أي بالدفع الى ولي الجنابة (على الغاصب وهذا) أي هذا الدفع الثاني والرجوع الثاني (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله)

(قوله لان السراية انما تنقطع به) أقول ضمير به راجع الى الغصب (قوله ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكمتان) أقول قال عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى تؤد

وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له (أي
بنصف قيمته فيسلم له) أي
لا يدفعه إلى ولي الجنابة
الأولى (لأن الذي يرجع به
المولى على الغاصب عوض
ماسلم لولي الجنابة الأولى
فلا يدفعه إليه لئلا يؤدي
إلى اجتماع البدل والمبدل
في ملك رجل واحد ولئلا
يتكرر الاستحقاق) والجواب
أن المولى ملك ما قبضه
من الغاصب ودفعه إلى
ولي الجنابة الأولى عوضاً
عما أخذه ولي الجنابة
الثانية دون الأولى فلا
يجتمع البدل والمبدل في
ملك شخص واحد (ولهما
أن حق الأول في جميع
القيمة لأنه حين جنى في
حقه لا يراجه أحد وإنما
انتقص حقه بمزاجه الثاني
فاذا وجد شيئاً من بدل
العبد في يد المالك فارغاً
أخذه تماماً لحقه وإذا
أخذه منه يرجع المولى
بما أخذه على الغاصب لأنه
استحق من يده بسبب كان
في يد الغاصب) واعترض
بأن الثانية مقارنة للأولى
فكيف يكون حق الأول
في جميع القيمة والجواب
أن المقارنة جعلت حكماً في
حق التضمن لا غير والأولى
متقدمة حقيقة وقد
انعقدت موجبة لكل
القيمة من غير مزاحم
وأمكن توفير موجبها فلا

وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له (لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ماسلم لولي
الجنابة الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر
الاستحقاق) وله ما أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يراجه أحد وإنما انتقص
باعتبار مزاجه الثاني فاذا وجد شيئاً من بدل العبد في يد المالك فارغاً بأخذه لستم حقه فاذا أخذه منه
يرجع المولى بما أخذه على الغاصب لأنه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب

وأما سند منعه فليس يتم أيضاً إذا لا محذور في أن يثبت على الشيء الواحد يدان حكمه يثبتان بكما هما من
جهتين مختلفتين وههنا كذلك فان ثبوت يد المولى على العبد المغصوب منه حكماً باعتبار سرية القطع الذي
صدر منه في يده وثبوت يد الغاصب عليه حكماً باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة فاختلقت الجهتان (قوله
وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ماسلم لولي
الجنابة الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد) قال تاج
الشريعة جواباً عنه من قبل الامامين وهما يقولان ليس هذا عوض ما أخذه ولي الجنابة الأولى حتى
يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد بل هو عوض ما أخذه ولي الجنابة الثانية فلا يجتمع البدل
والمبدل في ملك واحد اهـ (أقول) فيه نظر لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب كيف يصلح أن
يكون عوض ما أخذه ولي الجنابة الثانية والجنابة الثانية في مسئلتنا هذه وقعت عند المولى لا عند
الغاصب فأنى يصح أن يأخذ المولى من الغاصب عوضاً عما دفعه إلى ولي الجنابة التي صدرت من
مديره حال كونه في يده والعهدة في مثل ذلك على ذي اليد دون غيره كما لا ريب فيه وعن هذا فرق محمد بين
هذه المسئلة وبين المسئلة الآتية التي هي عكس هذه المسئلة حيث وافق الامامين هناك كما استطلع عليه
وقال صاحب العناية والجواب أن المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه إلى ولي الجنابة الأولى عوضاً
عما أخذه ولي الجنابة الثانية دون الأولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد اهـ (أقول)
هذا قريب مما ذكره تاج الشريعة الآن في تقريره مسأغ التخلص عما أوردناه على تقرير تاج الشريعة
حيث اعتبر التعارض في جانب الدفع إلى ولي الجنابة الأولى لافي جانب الرجوع على الغاصب تأمل تفهم
ثم أن الاظهر في الجواب عما قاله محمد من الجمع بين البدل والمبدل ما ذكره جهور الشراح وعزاه صاحب
العناية إلى الامام قاضيان حيث قال وجوابه ما قاله خير الدين قاضيان أن ما أخذه المولى من الغاصب
هو بدل عن المدفوع إلى ولي الجنابة الأولى من العبد فيما بين المولى والغاصب وأما في حق ولي الجنابة
الأولى فلا يعتبر بدلاً عن العبد بل يعتبر بدلاً عن الميت ويكون الشيء الواحد بدلاً عن عين في حق انسان
ويكون بدلاً عن شيء آخر في حق غيره كالتصريف في اذاباع الخمر وقضى منه دين المسلم يجوز و يكون المأخوذ
بدل الخمر في حق التصريف وفي حق المسلم بدل دينه كذا ههنا اهـ (قوله وله ما أن حق الأول في
جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يراجه أحد وإنما انتقص باعتبار مزاجه الثاني الخ) قال في العناية
واعترض بأن الثانية مقارنة للأولى حكماً فكيف يكون حق الأول في جميع القيمة والجواب أن
المقارنة جعلت حكماً في حق التضمن لا غير والأولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة
من غير مزاحم وأمكن توفير موجبها فلا يمنع بلامانع اهـ (أقول) في الجواب بحث لانا لا نعلم أن
المقارنة جعلت حكماً في حق التضمن لا غير بل جعلت حكماً أيضاً في حق مشاركة ولي الجنابة الثانية لولي
الجنابة الأولى كما أرشد إليه قول المصنف في الفصل السابق لأن الثانية مقارنة حكماً من وجه ولهذا
يشارك ولي الجنابة الثانية الأولى اهـ فاذا جعلت المقارنة حكماً في حق مشاركة ولي الجنابة الثانية
أيضاً كان ولي الجنابة الثانية من أجال ولي الجنابة الأولى في استحقاقه جميع القيمة فكيف يأخذ ولي
الجنابة الأولى وحده كل القيمة مع مزاجه ولي الثانية له في استحقاقه أياه وإن كان الاعتبار لتقدم الأولى
حقيقة دون المقارنة الحكمية ينبغي أن لا يستحق ولي الثانية شيئاً من قيمة المدير وليس الأمر كذلك

قال (وان كان جنى عند المولى فعصبة رجل) هذه المسئلة عكس المسئلة المتقدمة من حيث الوضع وحكمه ما ذكره وهو بالاتفاق والفرق
لمحمد رحمه الله بينهما وبين المسئلة المتقدمة أنه متى دفع نصف المقبوض من الغاصب (٣٨١) الى ولي الجناية الاولى لم يؤد الى

الجمع بين البدل والمبدل
لأنه لما كانت الجناية الاولى
عند المولى كان ما أخذه
المولى من الغاصب بدلا عما
دفع الى ولي الجناية الثانية
دون الاولى لان الثانية هي
الموجودة عند الغاصب
واذا لم يكن بدلا عما دفع
اليه لا يلزم بالدفع جمع بين
البدل والمبدل وقوله (ثم
وضع) يعني أن محمد رحمه
الله وضع في الجامع الصغير
هذه المسئلة في العبد بعد
ما وضعها في المدبر وكلامه
فيه واضح وقوله (ومن
غصب مدبرا فجنى عنده
جناية) كذلك وقوله (ثم
قبل هذه المسئلة على
الاختلاف) يعني قال بعض
المشايخ رحمه الله في هذه
المسئلة خلاف محمد رحمه الله
أيضا كما في المسئلة الاولى
حتى يسلم للمولى ما رجع
به من القيمة على الغاصب
ولا يأخذ ولي الجناية
الاولى ما بقى من حقه وقبل
على الاتفاق ويأخذ ولي
الجناية الاولى تمام حقه
وهو نصف القيمة من المولى
اذا رجع على الغاصب قبل
وهذا هو الصحيح لان محمد
رحمه الله ذكر هذه المسئلة
في الجامع الصغير بدلا
خلاف وكذا قررهم في
الاسلام رحمه الله وغيره

قال (وان كان جنى عند المولى فعصبة رجل فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما ما
نصفان ويرجع نصف القيمة على الغاصب) لما بينا في الفصل الاول غير أن استحقاق النصف حصل
بالجناية الثانية اذ كانت هي في يد الغاصب فبدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب
وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة في العبد فقال (ومن غصب مدبرا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية أخرى
فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع
به على الغاصب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف القيمة
فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده فدفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه
الى الاول ولا يرجع به) والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا أن في هذا الفصل يدفع
المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال (ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه
ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة
واحدة (ثم يرجع بقيمته على الغاصب) لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب (في دفع نصفها الى
الاول) لانه استحق كل القيمة لان وجود الجناية عليه لاحق لغيره وانما انتقص بحكم المراجعة من
بعد قال (ويرجع به على الغاصب) لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى
ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لاحق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك
اليه ثم قبل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد أن في الاولى الذي
يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت في يد المالك فلودفع اليه ثانيا
يشكر بالاستحقاق

بالاجماع فلي تأمل في الجواب الشافى (قوله ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لاحق له الا في النصف لسبق
حق الاول) أقول القائل أن يقول ان كان حق ولي الجناية الثانية يتعلق رأسا بنصف القيمة لا بكليتها
كما هو الظاهر من قوله لانه لاحق له الا في النصف ينبغي أن لا تكون التي وجبت على المولى بين ولي
الجنايتين نصفين كما هو المذكور في وضع المسئلة بل ينبغي أن يكون بينهما ماثلان لانه لو لولي الجناية
الاولى وثلاثة لولي الجناية الثانية لان حق ولي الجناية الاولى قد يتعلق بكل القيمة كما صرح به
المصنف فيما قبل حيث قال لانه استحق كل القيمة وعلى تقدير أن يتعلق حق ولي الجناية الثانية
بنصف القيمة يكون حقه في القيمة نصف حق ولي الجناية الاولى فينبغي أن يتضارب في القيمة
بقدر حقه ما فيها اذ قدم في الفصل السابق أن جنابات المدبر اذا والت لا توجب الاقيمة واحدة
لانه لا يمنع من المولى الا في رقبة واحدة وأولياء الجنابات يتضاربون بالخصص فيها وان كان حق ولي
الجناية الثانية يتعلق أيضا بكل القيمة ولكن يسقط نصفها بالتراحم فيكون حقه الباقي له نصفها
وكان هذا هو المراد بقول المصنف لاحق له الا في النصف ينبغي أن يدفع المولى ما يرجع به على الغاصب
ثانيا الى ولي الجناية الثانية لان حقه كان في كل القيمة كولي الجناية الاولى الا أنه سقط نصفها بالتراحم
فلما اندفع التراحم بوصول حق ولي الجناية الاولى اليه بتمامه كان ينبغي أن يعود حق ولي الجناية
الثانية في النصف الساقط بالتراحم اليه الحق ولي الجناية الاولى * ثم أقول يمكن أن يجاب بأن يختار
الشق الثاني ويقال في الفرق بين ولي الجنايتين ان حق الاول يتعلق بكل القيمة ثم ينتقص نصفها
بتراحم الثاني من بعد ذلك ولكن لا يسقط بالكلية وحق الثاني أيضا يتعلق بكليتها ولكن يسقط نصفها

في شروح الجامع الصغير فعلى هذا يحتاج محمد رحمه الله الى الفرق بين هاتين المسئلتين وقد ذكره في الكتاب لكن

(قوله قبل وهذا هو الصحيح) أقول القائل هو الاتقاني

قوله (فأما في هذه المسئلة فيمكن الخ) فيه نظر فان الجناية الثانية وان حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أول مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل الأخوة من الغاصب نائباً في مقابلة ما أخذه وقوله (ومن غصب صيداً حراً) أي ذهب به بغير إذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة وهو أن يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحته وكلامه ظاهر خلا أنه يرد على وجه الاستحسان ما إذا غصب مكاتباً ونقله إلى هذه الأما كن وهلك فإنه لا ضمان والتعدي في التسبب فيه موجود وأجيب بأن المكاتب في بدنفسه وان كان صغيراً فإنه ليس لاحد ولاية تزويجه فكان كالحرة الكبير والحرة الكبير في بدنفسه فكذلك المكاتب وان كان صغيراً فان قبل ما حكم الحر الكبير إذا نقل إلى هذه الأما كن تعدى فأصابه شيء من ذلك أجيب بأن حكمه أن يتطران كان الناقل قيده ولم يمكن التحرز عنه ضمن لان المصوب (٣٨٣) عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنع من

حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنع من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف مضافاً الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير كحكم الحر الكبير المقيد بحيث لا يمكنه حفظ نفسه قال (واذا أودع صبي عبداً فقتله) كلامه ظاهر وذكر في شرح الطحاوي ومن أودع عبداً بي ماله فهلك في يده لا ضمان عليه بالأجماع وان استهلكه الصبي فإنه يتطران كان الصبي مأذوناً في التجارة يضمن بالأجماع وان كان محجوراً عليه ولكنه قبل الوديعة بأمر وليه ضمن بالأجماع وان قبل بغير إذن وليه فلا ضمان عليه في قول

فأما في هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه قال (ومن غصب صيداً حراً في يده فجاءه أو بحمي فليس عليه شيء وان مات من صاعقة أو نهيصة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية) وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان الغصب في الحر لا يتحقق الا يرى أنه لو كان مكاتباً صغيراً لا يضمن مع أنه حر إذا كان الصغير حراً رقيقاً وبدأ أولى وجه الاستحسان أنه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالتلاف وهذا التلاف تسبباً لانه نقله إلى أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فإذا نقله إليه فهو متعدي فيه وقد زال حفظ الولي فيضاف إليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعدياً كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجاءه أو بحمي لان ذلك لا يختلف باختلاف الأما كن حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحي والامراض تقول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلًا تسبباً قال (واذا أودع صبي عبداً فقتله فعلى عاقلة الدية وان أودع طعاماً فأكله لم يضمن) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين جميعاً وعلى هذا اذا أودع العبد المحجور عليه ماله فاستهلكه لا يؤخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد ويؤخذ به بعد العتق وعند أبي يوسف والشافعي يؤخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والعبي وقال محمد في أصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اتني عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعلة معتبر لهما أنه أئلف ماله لا متقوماً معصوماً حالماً لانه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبداً

بالكلية بتزاحم الاول وذلك لانه لا حق لغير الاول عند وجود الجناية الاولى فانه قد تسميها موجبا لاستحقاق كل القيمة وانتقاص حقه انما كان يعارض حدوث المراجعة بعد ذلك بخلاف الجناية الثانية فانها وجدت والمزاحم مقارن فلم تتعد سبباً موجبا لاستحقاق الزائد على النصف فسقط ما وراء النصف والساقط متلاش فلا يعود كما تقرره عندهم وفي مواضع شتى من الكتاب هذا غاية ما تبسر من الكلام في توجيه المقام (قوله) فأما في هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه قال صاحب العناية فيه نظر فان الجناية الثانية وان

أبي حنيفة ومحمد رحمه الله لا في الحال ولا بعد الادراك وقال أبو يوسف رحمه الله يضمن في الحال وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده وديعة ضمن في الحال وهو تفسير حسن وقوله (وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق) يساعده فيه نحر الاسلام رحمه الله حيث ذكره في الجامع الصغير هكذا وأما في غير من شروح الجامع الصغير لصدر الاسلام وقاضيان والتمرتا شئ فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيها هذا الخلاف فيما اذا كان الصبي عاقلاً وان لم يكن عاقلاً فلا يضمن في قولهم جميعاً (قوله) فيه نظر فان الجناية الثانية الخ) أقول فيه نظر فإنه لما أخذ ولي الجناية الاولى ما رجع به المولى أول مرة على الغاصب عوضاً عما سلم لولي الثانية لو وجدته شيئاً فارغاً من بدل العقل في يد المالك رجع المولى نائباً على الغاصب لان الاستحقاق كان بسبب كان في يده ولا يلزم في ذلك أن يني لولي الثانية استحقاق كما لا يخفى فتأمل

وقوله (وكذا إذا تلفه غير الصبي في يد الصبي المودع) يعني أنه يضمن المتلف ولو كان التسليط على الاستهلاك في حق الصبي المودع ثبت في حق غيره أيضا لأن المال الذي سيطر على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكل من أتلفه لا يجب الضمان عليه ومعنى التسليط تحويل يده في المال إليه وقوله (في يد مانعة) أي من الإيداع والاعارة يعني أن المودع وضع المال في يد مانعة عن الإيداع ومن فعل كذلك لا يستحق النظر لأنه أوقع ماله في يد منع يد غيره عليه باختباره إلا إذا كان وضعه فيها باقامة غيره مقام نفسه في الحفظ ولم توجد الاقامة لأنه لا ولاية له على الصبي ولا الصبي على نفسه فكان تضيقا من جهة - ته وفي قوله (لأنه لا ولاية له على الصبي) نظر لأن اقامة غيره مقام نفسه لا يستدعي ثبوت ولاية القيم على المقام مقام نفسه واللا نسب باب الوديعة ويمكن أن يقال إنما قال ذلك جوابا عما يقال لو كان الإيداع من الصبي تسليطه على الاتلاف ضمن الأب مال الوديعة بتسليمه ابنه الصغير ليحفظها لأن التسليم إليه تضيق على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضيق ومع ذلك لا ضمان عليه في مكانه قال اقامة غيره مقام نفسه تستلزم اموالية المقيم على من أقامه مقامه كما في هذه الصورة أو ولاية المقام على نفسه كما في سائر صور (٣٨٣)

الودائع ولم يوجد شيء من ذلك في إيداع الصبي الأجنبي وقوله (لأن عصمته لحقه) أي لحق العبد يعني لا باعتبار أن المالك يعصمه لأن عصمة المالك إنما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان صغيرا أو كبيرا بخلاف سائر الاموال فإن للمالك أن يستهلكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط ونوقض بما إذا أودع الصبي شاة فخنقها فإنه لا يضمن ورب الشاة ما كان يملك ذلك بحكم ملكه فلم يوجد التسليط

وكذا إذا تلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولا يـ حنيفة ومحمد أنه أتلف ما لا غير معصوم فلا يجب الضمان كما إذا أتلفه بأذنه ورضاه وهذا لأن العصمة تثبت حقه وقد قوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة ههنا لأنه لا ولاية له على الاستقلال على الصبي ولا الصبي على نفسه بخلاف البالغ والمأذون له لأن لهما ولاية على أنفسهما وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبدا لأن عصمته لحقه اذ هو مبقى على أصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي لأنه سقطت العصمة بالاضافة إلى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره قال (وإن استهلك ما لا ضمن) يريد به من غير إيداع لأن الصبي يؤخذ بأفعاله وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد والله أعلم بالصواب

باب القسامة

قال (وإذا وجد القاتل في محلة ولا يعلم من قتله استخلف نجسون رجلا منهم

حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقه أول مرة ولم يبق لوليهما استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب نائبا في مقابلة ما أخذه اه (أقول) هذا النظر ناشئ من غلط في استخراج مراد المصنف رحمه الله فإن الشارح المذكور زعم أن مراد المصنف بما يجعل عوضا عن الجناية الثانية في قوله يمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية هو الذي يرجع به المولى على الغاصب نائبا في نظره المزبور عليه ولا شك أن مراد المصنف بذلك هو الذي يرجع به المولى على الغاصب أول مرة وهو النصف الذي كان حقا للمولى الجناية الثانية ورجع به المولى على الغاصب أول مرة في ضمن رجوعه عليه بالكل فلا انجاء أصلا لما قال وماذا بعد الحق إلا الضلال

باب القسامة

لما كان أمر القاتل يؤل إلى القسامة فيما إذا لم يعلم قاتله ذكرها في باب على حدة في آخر الديات ثم إن

والجواب أن كلامنا فيما لا يملك اتلافه من حيث كونه أجنبيا أو الشاة ليست كذلك وإنما يملك خنقها من حيث أنه تضيق فكان كالنسيب وقوله (لأنه سقطت العصمة بالاضافة إلى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره) يعني أن المالك بالإيداع عند الصبي إنما أسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في حق غيره كما كان والله تعالى أعلم

باب القسامة

لما كان أمر القاتل في بعض الأحوال يؤل إلى القسامة ذكرها في آخر الديات في باب على حدة وهي في اللغة اسم وضع موضع الأقسام وفي الشرع أي بان يقسم بها أهل محلة أو دار وجوده فيقتل به أثر يقول كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا وسيبها وجود القاتل فيما ذكرنا وركنهما الجراء الميم المذكورة على لسانه

(قوله ولو كان التسليط) أقول أي ثبت (قوله فيه نظر لأن اقامه غيره مقام نفسه الخ) أقول في تشبيه النظر تأمل (باب القسامة)

يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً) وقال الشافعي إذا كان هناك لوث استخلف الأولياء نجسين
يميناو يقضي لهم بالدية على المدعي عليه عدا كانت الدعوى أو خطأ وقال مالك يقضي بالقود إذا
كانت الدعوى في القتل العمد وهو أحد قولي الشافعي واللوث عندهما أن يكون هناك علامة القتل
على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل
المحلة قتلوه

وشرطها بلوغ المقسم وعقله
وحرية ووجود أثر القتل
في الميت وتكميل البمين
نجسين وحكمها القضاء
بوجوب الدية أن حلفوا
والجس إلى الحلف أن أبا
أن ادعى الولي العمد بالدية
عند النكول أن ادعى الخطأ
ومحاشنها تعظيم خطر الدماء
وصيانتها عن الأهدار
وخلاص المتهم بالقتل عن
الفصاص ودليل شرعيتها
الاحاديث المذكورة على
ماسياتي وقوله (يتخيرهم
الولي) أي يختار من القوم
من يحلفهم وقوله (بالله
ما قتلناه) على طريق الحكاية
عن الجميع وأما عند الحلف
فيحلف كل واحد منهم بالله
ما قتلنا ولا يحلف بالله
ما قتلنا لجواز أنه باشر القتل
بنفسه فيجترئ على اليمين
بالله ما قتلنا

(قوله وشرطها بلوغ المقسم
وعقله وحرية) أقول
وذكورية ويجوز أن يقال
أشار إليه بلفظ المقسم وفيه
شيء والأصوب أن يقال
المرأة من أهل القسامة في
الجملة ألا يرى إذا وجد قاتل
في قرية لا امرأة فعند أبي
حنيفة ومحمد القسامة
عليها كما يجي في آخر الباب

القسامة في اللغة اسم وضع موضع الأقسام كذا في عامة النسخ وأخذ من المغرب وقال في معراج
الدراية القسامة لغة مصدر أقسم قسامة أو أسهم وضع موضع الأقسام انتهى أقول لا يرى وجه صحة
لكون القسامة مصدراً أقسم كما لا يخفى على من له درية بعلم الأدب وأما في الشريعة فهي أيمان يقسم
بها أهل محلة أو دار وجد فيها قاتل به أثر جراحة يقول كل منهم بالله ما قتلناه وما علمنا له قاتلاً كذا
في العناية أقول فيه قصور فانه يخرج منه ما إذا وجد القاتل في محلة ولا في دار بل في موضع خارج
من مصر أو قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه مع أنه يجب في هذه الصورة أيضاً قسامة شرعية كما
صرحوا به ويجي في الكتاب ولا يقال انه بني الكلام على ما هو إلا كثرة وقوعه لأن المقام مقام تعريف
لمعنى القسامة في الشريعة فلا بد من أن يكون جامعاً ومائناً كما لا يخفى فالأولى أن يراعى عليه فيودى يقال
هي في الشريعة أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار أو موضع خارج من مصر أو قرية قريب منه بحيث
يسمع الصوت منه إذا وجد في شيء منها قاتل به أثر لا يعلم من قتله يقول كل واحد منهم بالله ما قتلنا ولا
علمنا له قاتلاً وقال في النهاية وأما تفسيرها شرعاً فإروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه قال في القاتل
يوجد في المحلة أو دار رجل في المصرا كان به جراحة أو أثر ضرب أو أثر خنق ولا يعلم من قتله يقسم
نجسون رجلاً من أهل المحلة كل منهم بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً انتهى أقول فيه سماحة لا تخفى
فإن ما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة على ما ذكر في النهاية إنما هو مسئلة القسامة لا تفسير القسامة
شرعاً فإن التفسير من قبيل التصورات وما ذكر فيها تصديق من قبيل الشرطيات كما ترى نعم يمكن أن
يؤخذ منه تفسير القسامة شرعاً بتدقيق النظر لكنه في موضع بيان معنى القسامة شرعاً في أول الباب
نصف خارج عن سنن الصواب ثم قال في النهاية وأما شرطها فهو أن يكون المقسم رجلاً بالغاً عاقلاً
حراً فلذلك لم يدخل في القسامة المرأة والصبي والمجنون والعبد وأن يكون في الميت الموجد أثر القتل
وأما لو وجد ميتاً لا أثر به فلا قسامة ولا دية ومن شروطها أيضاً تكميل البمين بالنجسين انتهى وفي
غاية البيان أيضاً كذلك أقول فيه كلام أما أولاً فلا ندر شروطها غير منحصرة بما ذكرنا منها أيضاً أن
لا يعلم قاتله فإن علم فلا قسامة فيه ولكن يجب القصاص أو الدية كما تقدم ومنها أن يكون القاتل من
بنى آدم فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلة قوم ولا غرم فيها ومنها الدعوى من أولياء القاتل لأن القسامة
يمين واليمين لا تجب بدون الدعوى كما في سائر الدعاوى ومنها انكار المدعي عليه لأن اليمين وظيفة المنكر
ومنها المطالبة بالقسامة لأن اليمين حق المدعي وحق الإنسان يوفي عند طلبه كما في سائر الأيمان ومنها
أن يكون الموضع الذي وجد فيه القاتل ملكاً لأحد أو في بدا أحد فان لم يكن ملكاً لأحد ولا في بدا أحد أصلاً
فلا قسامة فيه ولا دية ومنها أن لا يكون القاتل ملكاً لصاحب الملك الذي وجد فيه فلا قسامة ولا دية
في فن أو مدبر أو أم ولد أو مكاتب أو مأذون وجد قاتلاً في دار مولاه نص في البدائع على هاتيك الشروط
كلها بالوجه الذي ذكرناه مع زيادة تفصيل فما وجه ذكر بعض الشروط وتركها أكترها وأما ما إذا قتلناه
إذا وجد قاتل في دار مكاتب فعليه القسامة وإذا حلف يجب عليه الأقل من قيمته ومن الدية نص
عليه في البدائع وقال ذكره القاضي في شرحه لمختصر الطحاوي فإمعني جعل كون المقسم
حراً من شروطها اللهم إلا أن يقال المكاتب حريداً وإن لم يكن حراً رقبته كما صرحوا به ومرفى

وان لم يكن الظاهر شاهدا له فذهب مثل مذهبنا غير أنه لا يكره اليمين بل يردّها على الولي فان حلفوا لاديه عليهم الشافعي في البداهة بيمين الولي قوله عليه السلام لا اوباء فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد الظاهر وله هذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي أصله كافي النكول غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة والفصاح لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البيعة على المدعي واليمين على من أنكر وفي رواية على المدعي عليه وروى سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين أظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المتبدل فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة وقوله بتخيرهم الولي اشارة الى أن خيار تعيين الحسين الى الولي لان اليمين حصة والظاهر أنه يختار من يثمه بالقتل أو يختار صالحى أهل المحلة لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز فيظهر القاتل

الباب السابق فوجد فيه الحرية في الجملة فجاء اشتراط الحرية في القسامة مطلقا بناء على ذلك لكن لا يخفى ما فيه وقال في العناية ونشرطها بلوغ المقسم وعقله وحرية وجود أثر القتل في الميت وتكبير اليمين خمسين انتهى أقول فيه شيء من الاختلال رائد على ما في النهاية وغاية البيان وهو أنه لم يتعرض فيه لاشتراط الذكورة في المقسم مع كونها شرطا أيضا ثم أقول في امكان توجيه ذلك احتمالا لان أحدهما أنه اكتفى في افادة ذلك الشرط أيضا بتذكير لفظ المقسم في قوله بلوغ المقسم وتذكير الضمير في قوله وعقله وحرية وان كان تغليب المذكور على المؤنث شائعا في أحكام الشرع وثانيهما أنه ترك ذكر اشتراط الذكورة بناء على وجوب القسامة على المرافقة في مسألة عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله وهي ما سيجي في آخر هذا الباب من أنه لو وجد قاتل في قرية لا امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وقال أبو يوسف القسامة على العاقله أيضا فكانت المرأة أهلا للقسامة في الجملة عندهما (قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له فذهب مثل مذهبنا) أقول في تحرير المصنف هنا قصور بل اختلال أما أولا فلان مذهب الخصم مثل مذهبنا اذا لم يكن هناك لوث أي قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي سواء كان ذلك اللوث من قبل علامة القتل على واحد بعينه كلام أو من قبل ظاهري يشهد للمدعي كعداوة ظاهرة ونحوها فلا وجه لتخصيصه بالثاني كما هو الظاهر من قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له بعد عطف قوله أو ظاهري يشهد للمدعي فيما قبل على قوله علامة القتل على واحد بعينه حق العبارة أن يقال وان لم يكن هناك لوث وأما ثانيا فلان أراد الضمير المفرد في قوله فذهب بعد أن ذكر فيما قبل مذهب كل واحد من الشافعي ومالك وان قال اللوث عندهما الخ من قبيل الاغلاق حيث لا يفهم أن مرجعه أي منهما وعن هذا حمله بعض الشراح على الشافعي وبعضهم على مالك حق المقام الاظهار دون الاضمار كما لا يخفى (قوله ولنا قوله عليه السلام البيعة على المدعي واليمين على من أنكر وفي رواية على المدعي عليه) أقول لقائل أن يقول ان قوله عليه السلام واليمين على المدعي عليه ان أفاد قصر اليمين على المدعي عليه بناء على ما صرحوا به في علم الادب من أن المعروف بلام الجنس اذا جعل مبتدأ فهو مقصور على الخبر نحو الكرم التقوى والتوكل على الله والائمة من قریش وقد أشار اليه المصنف في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث استدلل فيه على أن لا يرد اليمين على المدعي عندنا قوله عليه السلام البيعة على المدعي واليمين على من أنكر وقال في وجهه جعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى لزم أن لا يصح تحليف غير المدعي عليه من أهل المحلة فيما اذا ادعى الولي القتل على بعض منهم بعينه مع أنه يستخلف خمسون رجلا من أهل المحلة في هذه الصورة أيضا كما صرح به المصنف فيما سيجي وجعل اطلاق جواب الكتاب دليلا عليه

وقوله (وان لم يكن الظاهر شاهدا له فذهب) أي مذهب الشافعي رحمه الله (كذهبنا غير أنه لا يكره اليمين) وقوله (ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر) يعني كافي سائر الدعاوى فان الظاهر يشهد للمدعي عليه لان الاصل براءة ذمته فأما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث فتكون اليمين حجة وبقية كلامه واضح (قال المصنف وان لم يكن الظاهر شاهدا الخ) أقول الظاهر أن يقول وان لم يكن ثمة لوث فان النكرة اذا أعيدت معرفة تكون عين الاول لكن المراد من الظاهر هو اللوث كما لا يخفى

وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا أعمى أو محدودا في قذف جازلانه يمين وليس بشهادة قال (واذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية ولا يستخلف الولي) وقال الشافعي لا تجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل رضي الله عنه تبرئكم اليهود بأيمانهم ولان اليمين عهد في الشرع مبرئ للمدعي عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى

وقوله (لانه يمين وليس بشهادة) يحترز عن اللعان حيث لا يجزى اللعان بينهما لما أن اللعان شهادة والاعوى والمحدود في القذف ليسا من أهل أدائها قوله (واذا حلفوا قضى على أهل المحلة) أي على عاقلة أهل المحلة (بالدية) في ثلاث سنين وقوله (تبرئكم اليهود بأيمانهم) قصته أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحبيصة خرجوا في التجارة إلى خيبر وتفرقوا لخواججهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا في قلب من خيبر يتشخط في دمه فجاءوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فأراد عبد الرحمن وهو أخو القتيل أن يتكلم فقال صلى الله عليه وسلم الكبير الكبير فتكلم أحد عميه حويصة أو محبيصة وهو الأكبر منهما وأخبره بذلك قال ومن قتله قالوا ومن يقتله سوى اليهود

وقال وهكذا الجواب في المبسوط وان لم يفد قوله عليه السلام واليمين على المدعي عليه قصر اليمين على المدعي عليه لا يثبت المدعي ههنا بالخديث المذكور فلا يصح التعديل به اللهم إلا أن يقال يجوز أن يثبت به المدعي ههنا بوجه آخر وهو أنه عليه السلام ذكر قوله المزبور بطريق القسم بين الخصمين والقسم تنافي الشركة وقد أشار المصنف إليه أيضا في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث قال ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر قسم والقسم تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى ولا يخفى أن منافاة القسم الشركة انما تقتضي أن لا يحلف المدعي لأن لا يحلف غير المدعي والمدعي عليه كما فيما نحن فيه في صورة ان ادعى الولي القتل على بعض معين من أهل المحلة نعم يلزم أن ينتقض بهذه الصورة قول المصنف في باب اليمين وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء تأمل نقف (قوله وفائدة اليمين النكول فاذا كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح) أقول لفائدة ههنا ذكر المقدمة القائلة وفائدة اليمين النكول بل فيه خلل لان موجب النكول في هذه المسئلة حبس الناك كل حتى يحلف لا القضاء بما ادعاه الولي كما سيأتي في الكتاب فانما يظهر فائدة اليمين على الصالح في اظهاره القاتل فحزرا عن اليمين الكاذبة لا في مجرد نكوله حتى يلزم المصير إلى ذكر المقدمة المزبورة ثم ان كون فائدة اليمين النكول انما هو في الاموال لا في باب القسامة لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينها وبين الدية بخلاف النكول في الاموال كما سيأتي بيانه في الكتاب فلما معنى ذلك تلك المقدمة ههنا ولقد أصح صاحب الكافي تقرير هذا المحل حيث قال وله أن يختار المشايخ والصلحاء منهم لانهم يتحذرون عن اليمين الكاذبة أكثر مما يتحذرون الفسقة فاذا علموا القاتل فيهم لم يظهره ولم يحلفوا انتهى بقي في هذا المقام اشكال على كل حال وهو أنه لو أخبر بعض من أهل المحلة بأنه يعلم أن القاتل أحد من أهل المحلة بعينه أو أحد من غير أهلها لا يقبل قوله ولا يعمل به لكونهم متهمين بدفع الخصومة عن أنفسهم كما صرح حوايه وسيجيء في الكتاب تفصيله في الفائدة في استخلاصهم على العلم رأسا ولم أر أحدا من الثقات حام حول حل هذا الاشكال سوى صاحب البدائع فإنه قال فان قيل أية فائدة في الاستخلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فأخبروا به لكان لا يقبل قولهم لانهم يسقطون به الضمان عن أنفسهم فكأنوا متهمين دافعين الغرم عن أنفسهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شهادة للثمة وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لجزار المغنم ولا لدافع المغرم قيل انما استخلفوا على العلم اتباعا لسنة لان السنة هكذا وردت لما روينا من الاخبار فاتبعت السنة من غير أن يعقل فيه المعنى ثم فيه فائدة من وجهين أحدهما أن من الجائر أن يكون القاتل عبد الواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل اقراره لان اقرار المولى على عبده بالقتل الخطا صحيح فيقال له ادفعه أو افده ويسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيدا وجائزا أن يقر على عبده غيره فصدقه مولا فيؤمر بالدفع أو الفداء ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا جازا أن يكون التحليف على العلم لهذا المعنى في الاصل ثم بقي هذا الحكم وان لم يكن لواحد من الخالفين عبد كالمثل في الطواف فان النبي صلى الله عليه وسلم كان رمي في الطواف اظهار الجلالة والقوة للكفرة ويقول رحم الله امرأ أظهر اليوم الجلالة من نفسه ثم زال ذلك اليوم ولنا

ولنا أن النبي عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن أبي مرزوق وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الإبراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا بل شرعت لينظر القصاص بتحريضهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص

وبقي الرمل في الطواف كذا هذا والثاني أنه لا يمنع أن يكون واحد منهم أمراً صبيهاً أو مجنوناً أو عبداً محبوراً بالقتل فلما أقر به يلزمه في ماله فيحلف بالله ما علمت له قاتلاً لأنه لو قال علمت له قاتلاً وهو الصبي الذي أمره بقتله لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيداً إلى هنا لفظ البدائع فليكن هذا على ذكره منك (قوله ولنا أنه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل) قال بعض الفضلاء فيه بحث فإنه لم يجز القسامة بينهم بالكلية وانما وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وفي رواية من أبل الصدقة على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح هنا انتهى أقول أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى وجوب القسامة على اليهود بقوله تبرئكم اليهود بأيمانها وانما لم يجز القسامة بينهم لعدم طلب أولياء القتل أياها حيث قالوا لا أرضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه ومطالبة ولي القتل بالقسامة شرط لأجرائها على الخصوم كما عرفت ففما مر أثناء أن ذكرنا شروط القسامة على التفصيل نقلاً عن البدائع وانما وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده أو عيائنه من أبل الصدقة على سبيل الجمالة عنهم بناء على أن أهل الذمة من أهل البر اليهم وقد أفصح عنه صاحب النهاية ومعراج الدراية هنا حيث قال لا بد من نقل الحديث انما وادع رسول الله عليه السلام لأنه يجوز الجمالة عن أهل الذمة فإن قضاء دين الغير بره وأهل الذمة من أهل البر اليهم حتى جازعنا صرف الكفارات اليهم ولا يجوز من مال الزكاة الأعلى سبيل الاستقرار على بيت المال انتهى ثم إن هذا القدر من التوجيه انما يحتاج إليه على ما روى من حديث عبد الله بن سهل بن أبي حنيفة كما وقع في الصحيحين وأما ما رواه سعيد بن المسيب كما وقع في شرح الآثار للطحاوي فقصر على الزهري وأخرجه كثير من المحدثين عن الزهري عن سعيد بن المسيب منهم عبد الرزاق رواه في مصنفه ومنهم ابن أبي شيبة رواه أيضاً في مصنفه ومنهم الواقدي رواه في مغازيه في غزوة خيبر فإيجاب النبي صلى الله عليه وسلم القسامة والدية على اليهود صريح وقد ذكره المصنف إجمالاً من قبل حيث قال وروى ابن المسيب أن النبي عليه السلام بدأ باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين أظهرهم وفضله الشراح حيث قالوا روى الزهري عن سعيد بن المسيب أن القسامة كانت من أحكام الجاهلية فقررها رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل من الأنصار وجد في جب اليهود بخيبر وذكر الحديث إلى أن قال فالزم رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود الدية والقسامة انتهى وكذا أمر إيجاب القسامة والدية معاً على اليهود ظاهر على ما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل خيبر أن هذا قتل وجد بين أظهركم فما الذي يخرجكم عنكم فكتبوا له أن مثل هذه الحادثة وقعت في بني إسرائيل فأنزل الله تعالى على موسى عليه السلام أمراً فأن كنت نبياً فاسأل الله تعالى مثل ذلك فكتب اليهم أن الله تعالى أراني أن أختار منكم خمسين رجلاً يحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلاً ثم تغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس أي بالوحي كذا ذكر الحديث في الكافي والبدائع وغيرهما فظهر أن منشأ البحث المزبور عدم الإحاطة بجوانب المقام خبراً (قوله وكذا اليمين تبرئ عما وجب له القصاص والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا بل شرعت لينظر القصاص بتحريضهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص) أقول الظاهر أن المراد بهذا هو الجواب عن قول الشافعي ولأن

قال عليه الصلاة والسلام
تبرئكم اليهود بأيمانها
فقالوا لا أرضى بأيمان قوم
كفار لا يبالون ما حلفوا عليه
فقال عليه الصلاة والسلام
أتحلفون وتستحقون دم
صاحبكم فقالوا كيف تحلف
على أمر لم نعين ولم نشاهد
فكره رسول الله صلى الله
عليه وسلم أن يبطل دمه
فوداه عيائنه من أبل الصدقة
واستدل الشافعي رحمه الله
بقوله عليه الصلاة والسلام
تبرئكم اليهود بأيمانها على
أنه لادية بعد الحلف والالما
كان غنة براءة ووادعة قبيلة
من همدان

(قال المصنف ولنا أنه
جمع بين الدية والقسامة
في حديث ابن سهل) أقول
فيه بحث فإنه لم يجز بينهم
القسامة بالكلية وانما وادع
رسول الله صلى الله عليه
وسلم من عنده وفي رواية
من أبل الصدقة على ما ذكر
في الصحيحين وغيرهما
ونقله الشراح هنا

ثم الدية تجب بالقتل الموجد منهم ظاهر الوجود القليل بين أظهرهم لا ينكولهم أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ (ومن أبي منهم اليمين حبس حتى يحلف) لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لأمر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الأموال لأن اليمين بدل عن أصل حقه ولهذا يسقط به بدل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة وكذا إذا ادعى على البعض لأبائهم والدعوى في العمد والخطأ لا يتم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض بأبائهم أنه قتل ولبه عدا أو خطأ فكذلك الجواب يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط وعن أبي يوسف في غير رواية الأصل أن في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقيين من أهل المحلة ويقال للولي ألك يئنة فإن قال لا يستحلف المدعى عليه عينا واحدة ووجهه أن القياس بأباه لا احتمال وجود القتل من غيرهم وإنما عرف بالنص فيما إذا كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعى يدعى القتل عليهم وفيما وراءه بقي على أصل القياس وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم

اليمين عهد في الشرع مبرئ للمدعى عليه لكن رد عليه أنه انما يتم فيما إذا ادعى ولي القليل للقتل العمد فان الموجب حينئذ هو القصاص على تقدير أن يقر بذلك فان حلفوا حصلت البراءة عنه وأما فيما إذا ادعى القتل خطأ فلا يتم ذلك لأن الموجب حينئذ هو الدية على تقدير أن يقر بأنه فاذا حلفوا لا تحصل البراءة عنهم بل تجب الدية عليهم أيضا عندنا ويمكن أن يقال ولي القليل وان ادعى القتل الخطأ يحلف أهل المحلة بأنهم قتلناه ولا علمنا له فأن لا يطلق القتل عن قبيد العمد والخطأ فيجوز أن وقع القتل منهم عدا ولم يعلمه الولي بل ظن أنهم قتلوا فريبه خطأ فلو أقر وافي مثل ذلك بالقتل العمد تحرزا عن الإيمان الكاذبة بناء على إطلاق القتل في تخليفهم لظهر القصاص فاذا حلفوا حصلت البراءة عنه قطعاً فان قلت إذا كانت دعوى الولي مخصوصة بالقتل الخطأ كيف يصح إطلاق القتل عند التحليف وهل له نظير في الشرع قلت لا غرو في ذلك وله نظير في الشرع ألا يرى أنه لو ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعيته قتل قريبه عدا أو خطأ استحلف خسون منهم بالله ما قتلناه ولا علمنا له فأن لا كما استحلف كذلك لو ادعاه على جميعهم على ما سيجي في الكتاب فتأمل فان حل هذا المحل بهذا الوجه مما يضطر إليه في تصحيح كلام المصنف هنا وان كان يرى تعسفا في بادئ الرأي (قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجد منهم ظاهر الوجود القليل بين أظهرهم لا ينكولهم) أقول لا وجه له كقولنا لا ينكولهم هنا بل الحق أن يذكر بده لأبائهم لا ما لأن بصدديان موجب أيمانهم وأما موجب نكولهم فأنما يأتي بيانه من بعد بقوله ومن أبي منهم اليمين حبس حتى يحلف فلا ارتباط لقوله لا ينكولهم بما نحن بصدده ولأن الظاهر أن قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجد منهم ظاهر الخ جواب عن قول الشافعي لا ملازما كما في سائر الدعوى يعني ما عهد اليمين في الشرع ملازما كما في سائر الدعوى فالدفع له أن يقال الدية إنما تجب بالقتل الموجد منهم ظاهر لا بأبائهم فلم يكن اليمين ملازما هنا كما في سائر الدعوى فقوله لا ينكولهم حشو محض في دفع ذلك وإنما اللازم أن يقال بده لأبائهم كما لا يخفى (قوله ومن أبي منهم اليمين حبس حتى يحلف) قال تاج الشريعة هذا إذا ادعى الولي القتل عدا أما إذا ادعاه خطأ فنسلك أهل المحلة فإنه يقضى بالدية على عاقلة ولا يحبسون ليحلفوا انتهى وأما سائر الشراح فلم يقيد أحد منهم ههنا مثل ما قيد تاج الشريعة إلا أن صاحب النهاية والعناية قال في صدر هذا الباب حكم القسامة القضاء بوجوب الدية أن حلفوا والحبس حتى يحلفوا أن أبو الوادعي الولي العمد ولو ادعى الخطأ القضاء بالدية عند النكول انتهى ولا يخفى أن ظاهر ما ذكرناه هنا يطابق ما ذكره تاج الشريعة هنا أقول لا يذهب عليك أن الظاهر من إطلاق جواب مسألة الكتاب هنا ومن اقتضاء دليلها الذي ذكره المصنف ومن دلاله قوله فيما بعده هذا الذي

وقوله (يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب) أي في كتاب القدوري أشار به إلى ما ذكره بقوله وإذا وجد القليل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خسون رجلا منهم الخ (وهكذا الجواب في المبسوط) يعني أوجب القسامة والدية فيما إذا كان الدعوى على البعض بعينه

وفي الاستحسان نجيب القسامة والدية على أهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى
فتوجب به بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فسلوا وجبناهما
لا وجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم تكن استخلفه
بيننا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل والدعوى
في المال ثبت به وان كان في القصاص فهو على اختلاف مضي في كتاب الدعوى قال (وان لم يكمل
أهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى تتم خمسين) لما روى أن عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة
واقى اليه تسعة وأربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن
شرح والتخفى رجلا فكرر اليمين على رجل منهن حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن
الوقوف على الفائدة لتبوتها بالسنة ثم فيه استعظام أمر الدم فان كان العدد كاملا فأراد الولي
أن يكرره على أحدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال (ولا قسامة على صبي
ولا مجنون) لانهما ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول صحيح

ذكرناه اذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد
أو الخطأ أن يكون الحبس الى أن يحلف الناكل موجب النكول في كل واحدة من صورتين دعوى العمد
ودعوى الخطأ وعن هذا ترى أصحاب المتون قاطبة أطلقوا جواب هذه المسئلة وكذا أطلقه
الامام قاضيان في فتاواه حيث قال فان امتنعوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا انتهى وكذا حال سائر
ثقات الأئمة في تصانيفهم وكان صاحب الغاية تنبيه لهذا حيث قال في صدر هذا الباب حكم القسامة
القضاء بوجوب الدية على العاقلة في ثلاث سنين عندنا وعند الشافعي اذا حلفوا برئوا وأما اذا أبوا القسامة
فحبسون حتى يحلفوا أو يقرروا انتهى فانه جرى في بيان حكمها أيضا على الاطلاق كما ترى ثم أقول
التحقيق ههنا هو أن في جواب هذه المسئلة روايتين أحدهما أنهم ان نكلوا حبسوا حتى يحلفوا على
الاطلاق وهو ظاهر الروايتين عن أئمتنا الثلاثة والآخرى أنهم ان نكلوا لا حبسون بل يقضى بالدية على
عاقلتهم في ثلاث سنين بلا تقييد بدعوى الخطأ وهو رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف وقد أفصح عنه
في المحيط البرهاني حيث قال ثم في كل موضع وجبت القسامة وحلف القاضي خمسين رجلا فنكلوها عن
الحلف حبسوا حتى يحلفوا هكذا ذكر في الكتاب وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه قال
لا حبسون ولكن يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلاث سنين وقال ابن أبي مالك هذا قوله الآخر وكان
ما ذكر في هذه الرواية قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الأول الى هنا لفظ المحيط ثم أقول بقي
ههنا اشكال وهو أنه قدم في باب اليمين من كتاب الدعوى أن من ادعى قصاصا على غيره فجحد استخلف
بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فمادون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف
أو يقر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يلزمه الارش في النفس وفمادونتها انتهى ففتضى اطلاق
ذلك أن يكون موجب النكول في القسامة أيضا هو القضاء بالدية دون الحبس عند أبي يوسف ومحمد
وان ادعى ولي القتل القصاص مع أن المذكور في عامة الكتب أن يكون موجب النكول في القسامة
هو الحبس الى الحلف بخلاف فيه من أبي يوسف ومحمد كما هو ظاهر الرواية نعم قد ذكر أيضا في المحيط
والذخيرة أنه روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه يقضى بالدية في القسامة أيضا عند النكول لكن
يبقى اشكال التناهي بين ما ذكر في المقامين على قول أبي يوسف في ظاهر الرواية وعلى قول محمد مطلقا
فتأمل في الدفع (قوله وفي الاستحسان نجيب القسامة والدية على أهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق
النصوص بين دعوى ودعوى فتوجب به بالنص لا بالقياس) أقول فيه بحث لانه ان أراد باطلاق النصوص
اطلاقها بحسب لفظها فهو مسلم لكن لا يجدي هنا نفعها من القواعد المقررة عندهم أن النص

وقوله (على اختلاف مضي
في كتاب الدعوى) بين أبي
حنيفة وصاحبيه حيث
قال ومن ادعى قصاصا على
غيره فجحد استخلف بالاجماع
الحق قال (وان لم يكمل أهل
المحلة خمسين) واقى اليه أي
أتى اليه وأهل اللغة يقولون
واقاه

قال (ولا امرأة ولا عبد) لانهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهلها قال (وان وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة ولا دية) لانه ليس يقتل اذا القتل في العرف من فانت حياته بسبب مباشره حتى وهذا ميت خفف أنفقه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه لانه لا يخرج منها الا بفعل من جهة الخي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه أو دبره أو ذكره لان الدم يخرج من هذه الخارج عادة بفعل فعل أحد وقد ذكرناه في الشهيد (ولو وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوبا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم) لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا أن لا أكثر حكم الكل تعظيما لآدمي بخلاف الأقل لانه ليس يبدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة

ولم يذكر الاتف وحكمه
حكم دبره وذكره وذكر
القم مطلقا وقد قيل
اذا صعد من جوفه الى فيه
وأما اذا نزل من رأسه الى
فيه فليس يصلح دلالة على
القتل ذكره في الاسلام
في شرح الزبادات وكلامه
ظاهر

(قال المصنف ثم يجب عليهم
القسم) أقول فيه أنه تكرار
(قال المصنف الا أن لا أكثر
حكم الكل تعظيما لآدمي)
أقول فيه بحث لان هذا
قياس

الوارد على خلاف القياس يختص بمورد والنصوص فيما نحن فيه واردة على خلاف القياس كما صرحوا به فلا بد وأن تكون مخصوصة بموردها وهو ما اذا وجد القتل في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعى يدعي القتل عليهم كما ذكر في وجه القياس وان أراد باطلا فها اطلاقها بحسب المورد أيضا فهو ممنوع اذا لم يسمع في حق القسامة نص ورد فيما اذا ادعى الولي القتل على بعض من أهل المحلة بعينه كما لا يخفى على من تتبع النصوص الواردة في هذا الباب (قوله ولا امرأة ولا عبد لانهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهلها) أقول بشكل اطلاق هذا بقول أبي حنيفة ومحمد في مسئلة تقي في آخر هذا الباب وهي أنه لو وجد قتل في قرية لا امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة بكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وأما عند أبي يوسف فالقسامة أيضا على العاقله انتهت وسيجي في كتاب المعامل ما يتعلق بهذا من الجواب وما فيه من الخلل (قوله لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا أن لا أكثر حكم الكل تعظيما لآدمي بخلاف الأقل لانه ليس يبدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة) يعني أن وجوب القسامة على أهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم ثبت بالنص على خلاف القياس والنص ورد في كل البدن وأكثر البدن كل حكا وان لم يكن كلاحقيقة فألحق أكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة والدية تعظيما لامر الدم وما سواه ليس بكل أصلا لا حقيقة ولا حكا فبقى على أصل القياس فلم يجب فيه القسامة والدية كذا في غاية البيان أقول في هذا التعليل شيء وهو أنه قد ذكر في وضع المسئلة أنه لو وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية والتعليل المذكور انما يفيد وجوب القسامة والدية على أهل المحلة فيما اذا وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن في هاتيك المحلة لا فيما اذا وجد النصف ومعه الرأس فيها فان الموجود فيها في هذه الصورة ليس كل البدن ولا أكثره فلم يكن ما ورد فيه النص ولا ملحقا به فلم يتم التقريب اللهم الا أن يقال النصف اذا كان معه الرأس يصير في حكم أكثر البدن بناء على شرف الرأس وكونه أصلا كما صرحوا به فيصير قول المصنف الا أن لا أكثر حكم الكل تعظيما لآدمي شاملا لما هو الا أكثر حقيقة أو حكا فتم التقريب بهذا التأويل ثم بقي شيء آخر وهو أن قول المصنف بخلاف الأقل لانه ليس يبدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة فاصرح عن افادة تمام المقصود ان قد ذكر من قبل أنه ان وجد نصفه مشقوبا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم ولا يخفى أن قوله بخلاف الأقل الخ لا يشمل ما وجد نصفه مشقوبا بالطول فلا يحصل تمام التقريب فالأولى أن يقال بخلاف الأقل والنصف الذي ليس معه الرأس الخ وكان صاحب الغاية ذاق هذه

وقوله (ولأننا اعتبرناه مجتمع فيه القسامتان والديتان) وفي بعض النسخ (٣٩١) يتكرر ذلك لأنه إذا وجب بالاقبل وجب

بالا كثيرا إذا وجد وكذلك
لو وجب بالنصف لو وجب
بالنصف الآخر فتكرر
القسامتان والديتان بمقابلة
نفس واحدة وذلك لا يجوز
فإن قيل ينبغي أن تجب
القسامة إذا وجد الرأس
لأنه يعبر به عن جميع البدن
أجيب بأن ذلك بطريق
المجاز والمعتبر هو الحقيقة
ولأنه لو وجبت به لو جبت
بالبدن بطريق الأولى فلزم
التكرار وقيل كان ينبغي أن
يقول تتكرر القسامة
والدية بلفظ المفرد دون
التثنية لأن غرضه ثبوت
القسامة مكررا وثبوت
الدية مكررا وعبرة التثنية
تستلزم أن يكون أكثر من
القسامتين والديتين ويجوز
أن يكون مراده القسامتان
والديتان على القطعتين
يتكرران في خمسين نفسا
وقوله (والمعنى ما أشرنا
إليه) يريد به التكرار
المذكور وعدمه وقوله (لأن
الظاهر أن تام الخلق يتفصل
حيا) اعترض عليه بأن
الظاهر يصلح للدفع دون
الاستحقاق ولهذا قلنا في
عين الصبي وذكره وإسنانه
إذا لم تعلم صحته حكومة

قوله ويجوز أن يكون مراده
القسامتان والديتان على
القطعتين يتكرران في
خمسين نفسا أقول جزء
الدية لا يسمى دية حتى يقال

ولأننا اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه أن الموجود
الأول أن كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه وإن كان بحال لو وجد الباقي لا تجري
فيه القسامة تجب والمعنى ما أشرنا إليه وصلاة الجنائز في هذا نسحب على هذا الأصل لأنها لا تتكرر
(ولو وجد فيهم جنين أو سقط أيسر به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة) لأنه لا يفوق الكبير حالا (وإن
كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم) لأن الظاهر أن تام الخلق يتفصل حيا
(وإن كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم) لأنه يتفصل ميتا لا حيا

الشاعرة حيث قال في شرحه بدل قول المصنف بخلاف الأقل الخ وما سوا ليس بكل أصلا لا حقيقة
ولا حكما فبقي على أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية اهـ وأورد بعض الفضلاء على قول المصنف
الأن لا أكثر حكم الكل تعظيما للأدعي حيث قال فيه بحث لأن هذا قياس انتهى أقول ليس ذلك
بوارد فإن هذا الذي ذكره المصنف ليس بقياس بل هو الحاق بدلالة النص كما يرشد إليه قوله ولا ملحق
به في قوله بخلاف الأقل لأنه ليس ببدن ولا ملحق به والذي لا يجوز في هذا الباب هو القياس لادلالة
النص كما لا يخفى (قوله ولأننا اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان) يعني
لو وجبت بالاقبل لو جبت بالا كثيرا أيضا إذا وجد وكذلك لو وجبت بالنصف لو جبت بالنصف الآخر أيضا
إذا وجد فيلزم أن تتكرر القسامتان والديتان في مقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز إذ لم تشرع مكررتين
قط قال في غاية البيان كان ينبغي أن يقول يتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد ولا يذكرهما بلفظ التثنية
لأنه حينئذ يكون أكثر من القسامتين والديتين وإس كذلك وقصد صاحب العناية توجيه عبارة المصنف
حيث قال بعد نقل ما في غاية البيان ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين
يتكرران في خمسين نفسا انتهى أقول ليس هذا بشيء لأن القسامة في الشرع اسم لمجموع أيمان
يقسمهم الخسوف من أهل المحلة وكذا الدية اسم لمجموع ما وجب من المال بمقابلة دم إنسان فكيف
يتصور أن يتحققا في كل واحد من خمسين نفسا حتى يصح توجيهه ~~تكرر القسامتين والديتين~~ على
القطعتين يتكررتين في خمسين نفسا وإنما الموجود في أحاد خمسين نفسا بعض القسامة والدية لأنفسهما
والكلام في إسناد التكرار إلى نفس القسامتين والديتين فلا مسأغ لذلك التوجيه (قوله والاصل فيه
أن الموجود الأول أن كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب الخ) أقول فيه نظر لأنه إذا كان
الباقي نصف التبتل مشقوبا بالطول مثلا يصدق عليه أنه بحال لو وجد لا تجري فيه القسامة إذ قد
صرح فيما قبل بأنه إن وجد نصفه مشقوبا بالطول فلا شيء عليهم مع أنه لا تجب القسامة حينئذ في
الموجود الأول أيضا بناء على ذلك المصريح به فيما قبل فإنه نقض بعمل هذه الصورة وقوله وإن كان بحال
لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب كما لا يخفى (قوله ولو وجد فيهم جنين أو سقط أيسر به أثر الضرب
فلا شيء على أهل المحلة) أقول في تحريره هذه المسئلة بهذا الاداء فتور من وجوه الأول أن الجنين على
ما صرح به في عامة كتب اللغة الولد مادام في البطن فكيف يتصور أن يوجد فيهم جنين وحده وهو في
بطن أمه أما وجوده مع أمه فهو بعزل عما نحن فيه لكون الحكم هنالك للام دون الجنين والثاني أن
ذكر الجنين يعني عن ذكر السقط لأن السقط على ما صرح به في كتب اللغة الولد الذي سقط قبل تمامه
والجنين بعم تام الخلق وغير تامه والثالث أن قوله ليس به أثر الضرب غير كاف في جواب المسئلة إذ
لا بد فيه من أن لا يكون به أثر الجراحة والخلق أيضا كما تقرر فيما سبق فالأقصر هنا على نفي أثر
الضرب تقصير والظاهر أن يقال ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط أيسر به أثر القتل فلا شيء عليهم ثم تدبر
(قوله وإن كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم) لأن الظاهر أن تام الخلق
يتفصل حيا) فإن قيل الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي وإسنانه وذكره إذا

يتكرر في خمسين نفسا قائل (قوله اعترض عليه بأن الظاهر إلى قوله وأجيب عنه بأنه الخ) أقول الاعتراض والجواب الاتقاني

عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها وأجيب عنه بأنه انما لم يجب في الاطراف قبل أن تعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أو دية بخلاف الجنين فإنه نفس من وجهه عضو من وجهه فاذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر أنه قتيلا لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذا الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حيا وأما اذا انفصل ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله لا يفوق حال الكبير فاذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما قوا لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك به مسلكها فلا أن لا يكون فيها هو أعظم خطرا أولى والصواب أن يقال الظاهر ههنا أيضا اعتبر دافعا لما عسى يدعي القاتل عدم حياته وأما دليل الاستحقاق فهو حديث جابر بن مالك وهو قوله عليه الصلاة والسلام أسبغ كسجج الكهان قوموا فدوه قال (واذا وجد القتيلا على دابة يسوقها رجل الخ) اذا وجد القتيلا على دابة يسوقها رجل فالدابة على عاقلة السائق دون أهل المحلة سواء كان مالكها أو لم يكن وكذا اذا كان قائدها أو ركبها لانه في يده فصار كما اذا كان في داره فان اجتمع الركب والسائق والقائد فالدابة عليهم لان القتيلا في أيديهم فصار كما اذا وجد في دارهم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا وجد القتيلا (٣٩٣) في الدار فان الدابة هنا على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء كانوا ملاكاً أو لم يكونوا وهناك

على المالك لا على السكان وأجيب أولانا لان سلم أن الدابة لا تجب على مالك الدابة بل تجب عليه والمذكور في الكتاب فيما اذا لم يكن للدابة مالك معروف وانما يعرف ذلك بقول القائد أو السائق أو الركب وأما اذا كان لها مالك معروف فانها يجب عليه ونانيا وهو المفهوم من اطلاق جواب الكتاب أن القسامة تجب على الذي في يده الدابة والدية على عاقلته سواء كان للدابة مالك معروف أو لم يكن والفرق أن العبرة في

قال (واذا وجد القتيلا على دابة يسوقها رجل فالدابة على عاقلته دون أهل المحلة) لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها أو ركبها (فان اجتمعوا فعليه) لان القتيلا في أيديهم فصار كما اذا وجد في دارهم قال (وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيلا فهو على أقربيهما) لما روي أن النبي عليه السلام أتى بقتيل وجديين قريتين فأمر أن يذرع وعن عمر رضي الله عنه أنه لما كتب اليه في القتيلا الذي وجد بين وادعة وأرجب كتب بأن يقبس بين قريتين فوجد القتيلا الى وادعة أقرب ففضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ أهل الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا

لم تعلم صحتها حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها أجيب بأنه انما لم يجب في الاطراف قبل أن تعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أو دية بخلاف الجنين فإنه نفس من وجهه عضو من وجهه فاذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر أنه قتيلا لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذا الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حيا وأما اذا وجد ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله لا تفوق حال الكبير واذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا وكذا قال جمهور الشراح ورد صاحب العناية جوابهم المزبور حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما قوا لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك بها

هذا الباب للرأي والتصرف والتدبير وذلك في الدار للمالك لان يده لا تنقطع عنها بالاجارة وأما في الدابة فالتصرف والرأي والتدبير الى من بيده الدابة لزوال يد المالك عنها بالاجارة وبالانفلات فتكون القسامة على الذي في يده الدابة وقوله (وادعة وأرجب) هما قبيلتان من همدان وما بعده ظاهر

(قوله وأما اذا انفصل ميتا) أقول الظاهر اذا وجد ميتا (قوله وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما قوا) أقول بل يرد فان حاصله كون الظاهر حجة للاستحقاق هنا تعظيما لأمور النفوس ومنع كاية القضية القاتلة أن لا يكون حجة للاستحقاق وبقوى هذا المنع ما سبق من المصنف في الدرس الامس ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا فليستأمل (قوله فلا أن لا يكون فيها هو أعظم خطرا أولى) أقول الاستحقاق هنا للمالك أيضا لا غير (قوله وأما دليل الاستحقاق فهو حديث جابر بن مالك) أقول ذلك في الغرة والقسامة والدية استأني معناها (قوله فالتصرف والرأي والتدبير الى من بيده الدابة) أقول ما الجواب اذا كان المالك مع الركب يسوق الدابة أو يقودها أو يكون الركب هو المالك والآخر يقود أو يسوق فان اطلاق الكتاب يشمل هذه الصور قال الاتقاني فيما سيجي عن مسألة السفينة لو كان صاحب السفينة معهم لم ينبغي أن تجب عليه كما في الدار فينبغي أن يكون هنا كذلك

وقوله (ولاندخل السكان في القسامة مع الملاك) يشير الى اختلاط السكان بالملاك وقوله (وهو قول محمد) يشير الى أن محمد ليس في هذا القول باصيل فانه ذكر في الاسرار بعد ما ذكر الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله هذا الاختلاف فقال وقول محمد مضطرب (وقال أبو يوسف) يعني آخر أو كان قوله أولا كقوله ما أو ما بعده ظاهر (٣٩٣) وقوله (وهو على أهل الخطة دون المشترين)

الخطة المكان المختط لبناء داراً وغيرها من العمارات ومعناه على أصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغائبين فانه مختط خطه لتمييز أنصباؤهم والضمير راجع الى المذكور وهو وجوب القسامة والدية أي القسامة على أهل الخطة والدية على عاقلتهم وقوله (وقيل ان أبا حنيفة رجه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة) يعني من أصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشار بهم المشترين في ذلك ويجوز أن يكون فيه تلويح الى الجواب عما يقال ما الفرق بين المحلة والدار فانه لو وجد قتل في دار بين مشترين خطه فانهم ما متساويان في القسامة والدية بالاجماع وفي المحلة فرقا فوجب القسامة على أهل الخطة دون المشترين مع أن كل واحد منهما لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته ووجه ذلك أن في العرف أن المشترين قداما براحمون أصحاب الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة وليس في حق الدار كذلك فان في عمارة ما استمر من الدار

قال (واذا وجد القتل في دار انسان فالقسامة عليه) لان الدار في يده (والدية على عاقلته) لان نصرته منهم وقوته بهم قال (ولاندخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة) وهو قول محمد (وقال أبو يوسف هو عليهم جميعا) لان ولاية التدبير كما تكون للمالك تكون بالسكنى ألا ترى أنه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخير ولهم ما أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك ألزم وقرارهم أدوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم وأما أهل خير فالنبي عليه السلام أقرهم على أملاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال (وهي على أهل الخطة دون المشترين) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف الكل مشترك كون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ من له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانب مقصرا والولاية باعتبار المالك وقد استتروا فيه وإلها أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه أصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل أبو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال (وان بقي واحد منهم فكذلك) يعني من أهل الخطة لما بيننا (وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين) لان الولاية انتقلت اليهم أو خلصت لهم لزوال من يتقدمهم أو يراجهم

مسلكها فلا أن لا يكون فيما هو أعظم خطرا أولى انتهى أقول ليس الامر كما زعمه فان حاصل جوابهم منع عدم كون الظاهر حجة للاستحقاق في باب القسامة فانه يكون حجة للاستحقاق فيه تعظيما لامر النفوس وصيانة لها عن الاهدار وعن هذا قالوا يجب الدية بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتل بين أظهرهم فقوله لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلط به مسلكتها فلا أن لا يكون فيما هو أعظم خطرا أولى ممنوع فان ما لزم من عدم كون الظاهر حجة في الاموال وما يسلط به مسلكتها اهدار امر حقير وما لزم من عدم كونه حجة في النفوس اهدار امر خطير ولا شك أن اهدار الحقير أهون وأولى من اهدار الخطير ثم قال صاحب العناية والصواب أن يقال ان الظاهر هنا اعتبر دافعا لما عسى يدعى القاتل عدم حياته وأما دليل الاستحقاق فهو حديث جل بن مالك وهو قوله صلى الله عليه وسلم أسبغ كسبج الكهان قوموا فادعوه انتهى أقول يرد عليه أن حديث جل بن مالك ورد في جنين انفصل ميتا ومو جهة الغرة وهي نصف عشر الدية وانما سماها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية حيث قال فادعوا لكونها بدل النفس كما تقرر في باب الجنين والكلام هنا في جنين انفصل حياته على أن الظاهر أن نام الخلق ينقصل حيا والموجب فيه القسامة والدية كما ذكر في الكتاب فأين هذا من ذلك وقد كان صاحب العناية ذكر حديث جل بن مالك في باب الجنين على التفصيل حيث قال وهذا الحديث حديث جل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحة حين قال كنت بين جاريتين لي فضربت احدهما مابطن صاحبها بعدد فسطاط أو بمسطح خيمة فألقت جنينا ميتا فاختمتم أولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لا ولياء الضاربة دونه فقال أخوها أندي من لا صاح ولا استهل ولا ثرب ولا أكل ومثل دمه يطل فقال عليه السلام أسبغ كسبج الكهان وفي رواية دعني وأراجيز العرب قوموا فادعوه الحديث انتهى فكانه نسي ما قدمت يداه

(٥٥ - تكملات) واجازتها واعرثها متساويان فكذلك في القيام بحفظ الدار وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله ان صاحب الخطة هو المختص وقوله (ولانه أصيل) والمشتري دخيل وقوله (لان الولاية انتقلت اليهم) يعني على قول أبي حنيفة ومحمد رجهما الله أو خلصت لهم على قول أبي يوسف وقوله (لزوال من يتقدمهم) يرجع الى قوله انتقلت اليهم وقوله (أو يراجهم) يرجع الى قوله أو خلصت لهم

وقوله (واذا وجد القليل في دار) يعني اذا وجد القليل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان ففي احدهما تجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلة وبهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القليل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه بحمل ذلك على رواية وهذا على أخرى وحكي عن الكرخي رحمه الله انه كان يوفق بينهما ما يقول الرواية التي توجبها على صاحب الدار محمولة على ما اذا كان قومه غيبا والرواية التي توجبها على قومه محمولة على ما اذا كانوا حاضرا كذا في النخبة والمذكور (٣٩٤) في الكتاب يدل على انها عليهم جميعا اذا كانوا حاضرا وبواضع رواية فتاوى

العنابي وما بعده ظاهر قال (ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيلا الخ) أجمعوا على أن وجوب الضمان عند وجود القتل يتعلق بولاية الحفظ لانه ضمان ترك الحفظ ثم اختلفوا فقال أبو حنيفة رحمه الله ولاية الحفظ بالسد والمالك سبها وقالوا لايه الحفظ تستفاد بالملك فاذا وجد في واحد ارتفع الخلاف وان كان لاحدهما الملك ولا آخر السد كان اعتبار الدعة أولى لان القدرة الحقيقية ثبتت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا اذا اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيلا فاما أن يكون البيع باتا وفيه الخيار فان كان الاول فهو أي المذكور وهو الدية على عاقلة البائع وان كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان الاول فعلى عاقلة المشتري وان كان الثاني فعلى الذي تصير

(واذا وجد قتيلا في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حاضرا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار بكرر عليه الايمان) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لاقسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم واهلهم ما أن الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة قال (وان وجد القتل في دار مشتركة نصفها الرجل وعشرها الرجل ولا آخر ما بقي فهو على رأس الرجل) لان صاحب القليل يراحم صاحب الكثير في التدبير فكأنوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة قال (ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيلا فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده) وهذا عند أبي حنيفة وقالان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له لانه انما أنزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الاعلى من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والمالك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المنسروط فيسه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر

(قوله واذا وجد قتيلا في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة اذا كانوا حاضرا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار بكرر عليه الايمان) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام يعني اذا وجد القتل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان ففي احدهما تجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلة وبهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القليل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه بحمل ذلك على رواية وهذا على أخرى انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلان قول المصنف فيما قبل وان وجد القتل في دار انسان فالقسامة عليه وان جاز أن يحمل على احدى الروايتين اللتين ذكرهما صاحب العناية إلا أن قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه لا يجوز أن يحمل على الأخرى منه ما فان القسامة في عاقلة صاحب الدار لا على صاحب الدار وعلى عاقلة جميعا وفيما ذكره المصنف ههنا على رب الدار وعلى قومه جميعا فتعابروا أما تانبا فلان قول المصنف فتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حاضرا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار بكرر عليه الايمان صريح في التوفيق بين المسئلة التي ذكرها هنا وبين المسئلة المذكورة فيما قبل حيث كان وجوب القسامة على رب الدار وعلى قومه فيما اذا كان قومه حاضرا ووجوبها على رب الدار وحده فيما اذا كانوا غيبا والمصير الى الحمل على الروايتين انما يكون فيما لا يمكن التوفيق وهو خلاف مدلول كلام المصنف صراحة فكيف يصح أن يكون شرحا لمراده (قوله لانه انما أنزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الاعلى من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك) أقول هذا التعليل على قول أبي يوسف مشكل لانه ان أراد بقوله والولاية تستفاد بالملك الحصر بمعنى أن الولاية تستفاد بالملك لا بغيره وينتقض ذلك بما مر من أن السكان يدخلون في القسامة والدية مع الملأل عند بناء على أن ولاية التدبير كما تكون

له ودليلهما واضح وقوله (ولهذا) أي ولنكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك (كانت الدية) في هذا الموضع (على عاقلة صاحب الدار دون المودع) لعدم ملكه وان كان له يد وكذا دليل أبي حنيفة واضح ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد به لانه قد اندرج في دليله وذلك لانه

(قوله وفي الاخرى على عاقلة) أقول الاظهر أن يقول وفي الاخرى عليه وعلى عاقلة حتى يستقيم تفريع اندفاع التدافع عليه (قوله وان كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده) أقول لا أدري ما فائدة هذا التفصيل والابهام فان اليد البائع اذا فرض انتفاء قبض المشتري ففي الصور بين الضمان على عاقلة البائع وهذه الراكحة مخصوصة بتقريره وسباق المصنف سالم عن أمثالها

قال (ان القدرة على الحفظ باليد) أطلق اليد والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل في اليد ما كان أصالة ويدا المودع ليست كذلك وكذلك المستعير والمستأجر قيل ما الفرق لابي حنيفة بين الجناية وصدقة الفطر فإنه يعتبر البتة الملك في الثانية دون الاولى والجواب أن صدقة الفطر مسؤنة الملك فكانت على المالك والجناية موجبة للضمان (٣٩٥)

بترك الحفظ والحفظ
انما يتحقق باليد لما ذكر
من الدلائل وقوله (ومن
كان في يده دار فوجد فيها
قتيل لم تعقله العاقلة)
يعنى اذا أنكرت العاقلة
كون الدار لصاحب اليد
وقالوا انها ودیعة أو مستعارة
أو مستأجرة (حتى تشهد
الشهود أنها التي في يده)
ولا يختلج في وهمك صورة
تناقض في عدم الاكتفاء
باليد مع ما تقدم أن الاعتبار
عند أبي حنيفة للبدل لان
البدل المعتبرة عنده هي التي
تكون بالأصالة كما تقدم
والعاقلة تنكر ذلك والباقي
واضح وقوله (واللفظ) أي
لفظ القدوري وهو قوله
على من فيها من الركاب
والملاحين يشمل أربابها
أي ملاكها وغير ملاكها
وقوله (وهذا) أي كون
الملاك وغيرهم سواء في
القسامة (على ما روى عن
أبي يوسف رحمه الله) أن
السكان تدخل في القسامة
مع الملاك (ظاهر) وأما
على قول أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله فلا بد من الفرق
وهو ما ذكره في الكتاب
وهو ظاهر قال (وان وجد

وله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر
بالمالك دون اليد وفي البات اليد البائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون
البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في
يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده اذ بها يقتدر على الحفظ قال (ومن كان في يده دار فوجد
فيها قتيلا لم تعقله العاقلة - حتى تشهد الشهود أنها التي في يده) لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى
تعقل العواقل عنه والبدوان كانت دليلا على الملك لكنها محتملة فلا تكفي لإيجاب الدية على العاقلة
كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من إقامة البينة قال (وان وجد قتيلا
في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين) لانها في أيديهم واللفظ يشمل أربابها حتى
تجب على الأرباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يملكها والمالك في ذلك وغير المالك سواء
وكذا العجالة وهذا على ما روى عن أبي يوسف ظاهر والفرق لهما أن السفينة تنقل وتتحول فيعتبر
فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف الحلة والدار لانها لا تنقل قال (وان وجد في مسجد محلة
فالقسامة على أهلها) لان التدبير فيه اليهم (وان وجد في المسجد الجامع أو الشارع الأعظم فلا
قسامة فيه والدية على بيت المال) لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسور العامة ومال بيت
المال مال عامة المسلمين

بالمالك تكون بالسكنى وان لم يرد بذلك معنى الحصر لا يتم التقريب في اثبات مدعاهما في هذه المسئلة
كما لا يخفى (قوله وله أن القدرة على الحفظ باليد دون الملك ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون
الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد) أقول هذا التنوير غير واضح لانه ان أراد بالبدل مطلقا أي سواء كانت
بداصلة أو بدينية فليس بصحيح اذ لا يجب شيء من القسامة والدية على المودع ونحوه بالاتفاق لكون يده يد
نيابة لا بدأصلة كما صرحوا به قاطبة فلو أمكن الاقتدار على الحفظ بيد النيابة أيضا لم يصح ذلك وان
أراد بها بدأصلة فقط كما هو الظاهر فالخصم وهو صاحبها لا يسلم انه يقتدر على الحفظ بيد الاصلالة فقط
بدون الملك ولا أنه لا يقتدر عليه بالملك بدون تلك اليد بل يقول ولاية الحفظ انما تستفاد بالملك دون اليد
كما في مسئلتنا المتنازع فيها وبالجمل ما ذكر في هذا التنوير ليس بأجلى من أصل المسئلة (قوله ومن
كان في يده دار فوجد فيها قتيلا لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها التي في يده) قال صاحب العناية
ولا يختلج في وهمك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبي حنيفة للبدل
لان البدل المعتبرة عنده هي التي تكون بالأصالة والعاقلة تنكر ذلك انتهى أقول لقائل أن يقول هب أن
البدل المعتبرة عنده هي التي تكون بالأصالة لكن كيف يتم على أصله التعليل الذي ذكره المصنف بقوله
لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه وهذا تناقض ههنا ما مر من أن الاعتبار عند
أبي حنيفة لا بد من الملك كما في المسئلة المتقدمة آنفا فان الملك هناك للمشتري مع أن الدية عنده لعاقلة
البائع لكونه صاحب اليد قبل القبض كما مر تفصيله وقال صاحب العناية هنا ولا يلزم أبا حنيفة أنه
يعتبر اليد في استحقاق الدية حتى قال في الدار المبيعة في يد البائع بوجد فيها قتيلا أن الدية يجب على عاقلة
البائع لانه يعتبر يد الملك لا مجرد اليد فلم يثبت هنا يد الملك الا بالبينة انتهى وذكر في معراج الدراية

في مسجد محلة) كلامه واضح سوى ألفاظ نذكرها

(قال المصنف لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه) أقول يتناقض ما تقدم فان البائع اذا لم يقبض المشتري الدار
صاحب يد بلا ملك مع أنه تعقل عواقله وكذا في بعض صور البيع المنجز

قوله (فعند أبي يوسف تجب على السكان) أي سواء كان السكان ملاً كأروغير ملاك وقوله (كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال) قال في النهاية وإنما أراد به (٣٩٦) أن يكون نائياً عن المحال أما الأسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ

أهل المحلة فتكون القسامة

والدية على أهل المحلة وكذا

في السوق الثاني إذا كان

من سكنها في الليالي أو كان

لأحدهم فيها دار مملوكة

تكون القسامة والدية

عليه لأنه يلزمه صيانة ذلك

الموضع فيوصف بالتقصير

فيجب عليه موجب التقصير

وقوله (وقد بيناه) يعني في

مسئلة وان مرت دابة بين

قريتين وعليه اقتيل وقوله

(وان وجد في وسط الفرات)

يريد به الفرات وكل نهر

عظيم لعدم خصوصية

الفرات بذلك وكذلك ذكر

الوسط ليس للتخصيص بل

الماء مادام جارياً بالقتيل

كان حكم الشط كحكم الوسط

قالوا هذا إذا كان موضع

انبعاث الماء في دار الحرب

لأنه إذا كان كذلك فقد

يكون هذا قتيلاً دار الشرك

وأما إذا كان موضع انبعاث

الماء في دار الاسلام فتجب

الدية في بيت المال لأن

موضع انبعاث الماء في يد

المسلمين فسواء كان قتيلاً

مكان الانبعاث أو مكان

آخرون ذلك فهو قتيلاً

المسلمين فتجب الدية في بيت

المال وقوله (على التفسير

الذي تقدم) أراد به قوله قيل

(ولو وجد في السوق ان كان مملوكاً فعند أبي يوسف تجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن

مملوكاً كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال) لأنه لاجتماع المسلمين (ولو وجد في السجن فالدية

على بيت المال وعلى قول أبي يوسف الدية والقسامة على أهل السجن) لأنهم سكان وولاية التدبير اليهم

والظاهر أن القتل حصل منهم وهما يقولان ان أهل السجن مقهورون فلا يتصورون فلا يتعلق بهم

ما يجب لأجل النصرة ولأنه بنى لاستيفاء حقوق المسلمين فإذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم

قالوا وهذه أربعة المالك والسكان وهي مختلف فيها بين أبي خنيفة وأبي يوسف قال (وان وجد

في قرية ليس بقريتهم بعمارة فهو هدر) وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لأنه إذا كان بهذه

الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحد بالتقصير وهذا إذا لم تكن مملوكة لأحد أما إذا كانت فالدية

والقسامة على عاقلته (وان وجد بين قريتين كان على أقربهما) وقد بيناه (وان وجد في وسط الفرات يمر به

الماء فهو هدر) لأنه ليس في بداحد ولا في ملكه (وان كان محنسا بالشاطئ فهو على أقرب القرى من

ذلك المكان) على التفسير الذي تقدم لأنه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كال موضوع على الشط والشط في

يد من هو أقرب منه ألا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون بهائهم فيها بخلاف النهر الذي يستحق به

الشفعة لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم قال (وان ادعى الولي

على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم) وقد ذكرناه وكرنا فيه القياس والاستحسان

قال (وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم) وقد بيناه من قبل ووجه الفرق هو أن وجوب

القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحد منهم لا ينافي ابتداء الأمر لأنه منهم بخلاف ما إذا

عين من غيرهم لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة

تقدير بحيث لم يأخذوا على يد الظالم

ما وافقه حيث قال وفي جامع الكرايسي اعتبر أبو حنيفة يد الملك لا مجرد اليد في المسئلة المتقدمة وهنا

لا ثبت ذلك إلا بالينة فلا يرد نضاع عليه انتهى أقول هذا التوجيه مشكل لأن الملك في المسئلة

المتقدمة كان المشتري لا محالة وعن هذا نشأ النزاع بين أبي حنيفة وصاحبيه في تلك المسئلة اذ لو كان

الملك أيضاً للبائع لما صار محل الخلاف واقامة الحجية من الجانبين على ما مر بيانه فإذا كان الملك هناك

للمشتري فكيف ينحصر للبائع اذ ذلك يد الملك اذ ثبت يد الملك له يقتضي ثبوت نفس الملك أيضاً فيلزم

أن يجتمع على الدار المبيعة في حالة واحدة ملكان وهما ملك البائع وملك المشتري وهو محال وان أريد

يد الملك غير معناه الظاهر أي السيد التي كان اصحابها ملك في الاصل وان زال ذلك الملك في الحال

بالبيع فبمعنى اعتبار مثل ذلك الأمر الزائل في ترتب الحكم الشرعي عليه في الحال وهل يليق أن

يعتد ذلك أصلاً لا مأمناً الأعظم فعليك بالتأمل الصادق (قوله وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت

عنهم وقد بيناه من قبل) قال صاحب العناية يريد به قوله هذا الذي ذكرنا اذ ادعى الولي القتل على

جميع أهل المحلة انتهى واقتنى أثره العيني أقول الظاهر أنه أراد به قوله بخلاف ما إذا ادعى على واحد من

غيرهم لأنه ليس فيه نص فلو أوجبناها لأوجبناها بالقياس وهو ممتنع فإنه هو المطابق لهذه المسئلة التي

ذكرها المصنف هنا دون ما جعل عليه الشارحان المزبوران كما لا يخفى على الفطن (قوله ووجه

الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم) أقول لقائل أن يقول ان أريد أن

وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه فهو مسلم لكن لا نسلم أن

ولان

هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت وقوله (لم تسقط

القسامة عنهم) يعني والدية على عوائلهم وقوله (وقد ذكرناه) يعني المذكور في بعض النسخ وهو قوله ولو ادعى على البعض

باعتبارهم أنه قتل وليه الخ وقوله (وقد بيناه من قبل) يريد به قوله هذا الذي ذكرناه اذ ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة

وقوله (فأجلوا عن قتل) أي انكشفوا عنه وانفروا

(٣٩٧)

وقوله (لان القتل بين

أظهرهم) أي وجد بين

أظهرهم يعني بينهم

والظاهر والاطهر بجيشان

مفهمين كافي قوله صلى

الله عليه وسلم لا صدقة

الا عن ظهر غنى أي صادرة

عن غنى فان قيل الظاهر

أن قاتله من غير أهل

المحلة وأنه من خصمائه

أجيب بأنه قد تعذر الوقوف

على قاتله حقيقة فيتعلق

بالسبب الظاهر وهو وجوده

قتل في محلهم وقوله

(لان مجرد الدعوى لا يثبت

الحق) أي الاستحقاق

عند انكار المدعى عليه

للمحدث الذي رويناه أي

في أوائل باب القسامة

وأوله قوله صلى الله عليه

وسلم لو أعطى الناس بدعواهم

لادعى قوم دماء قوم

وأموالهم لكن البينة على

المدعى واليمين على من أنكر

لا يقال الظاهر أنهم قتلوه

لما علمت غير مرة أن الظاهر

لا يصلح حجة للاستحقاق

وقوله (وان وجد في خباء

أوفسطاط) الخباء الخيمة

من الصوف والفسطاط

الخيمة العظيمة فكان أعظم

من الخباء وقوله (فعلى

أقرب الاخبية) قيل هذا

إذا نزلوا قبائل قبائل

متفرقين أما إذا نزلوا مختلطين

فالدية والقسامة عليهم

ولان أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم الادعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه قال (واذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتل فهو على أهل المحلة) لان القتل بين أظهرهم والحفظ عليهم (الا أن يدعى الاولياء على أولئك أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء) لان هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة قال (ولا على أولئك حتى يقبوا البينة) لان مجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه أما بسقطه الحق عن أهل المحلة لان قوله حجة على نفسه (ولو وجد قتل في معسكر أقاموا بفلاة من الارض لأمك لا حديقها فان وجد في خباء أوفسطاط فعلى من يسكن الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى أقرب الاخبية) اعتبار البينة عند انعدام الملك

تعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر حينئذ فان ابتداء الامر اذالك كون القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه وتعيينه واحدا منهم يلزم أن يتعين خصوصه وان كان منهم ولا ريب أن تعيين خصوص القاتل ينافي عدم تعيينه وان أراد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم تعيين خصوصه فهو ممنوع كما لا يخفى وان أراد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم سواء تعيين خصوصه أو لم يتعين فهو أيضا ممنوع اذا لا يظهر وجه كون الجناية الصادرة عن واحد منهم عند تعيين خصوصه سببا لوجوب الغرم عليهم جميعا ألا يرى أنه اذا أقر واحد منهم بعينه بقتل القاتل الموجودين أظهرهم أو ثبت ذلك بالبينة لا يجب شيء على غيره أصلا فان قيل يجوز أن يكون سبب وجوب الغرم عليهم جميعا عند تعيين خصوص القاتل منهم كونهم قتلة أيضا تقدير انبركهم النصرة لعدم أخذهم على بذلك القاتل الظالم كما يشعر به قول المصنف فيما بعد وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقدير انبركهم لا يأخذوا على يد الظالم قلنا ذلك انما يظهر اذا علموا قتل ذلك الظالم فتركو النصرة وأما اذا لم يعلموا ذلك بان كان قتله خفية فلا وثق سلم ذلك مطلقا لعدم احتياطهم في حفظ المحلة بشكل بما اذا أقر واحد منهم بعينه بالقتل أو ثبت ذلك بالبينة فإنه لا يجب على غيره شيء هناك مع تحقق ذلك السبب فيه أيضا فاقم في التوجيه وذكر في الشروح نقلا عن المبسوط أنه روى ابن المبارك عن أبي خنيفة أنه تسقط القسامة والدية عن أهل المحلة لان دعوى الولي على واحد منهم بعينه تكون ابراء لأهل المحلة عن القسامة فان القسامة في قتل لا يعرف قاتله فاذا زعم الولي أنه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئا لهم عن القسامة وذلك صحيح منه انتهى قلت هذه الرواية أظهر عندى دراية والله تعالى أعلم بالصواب (قوله ولان أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم الادعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه) أقول بشكل هذا التعليل بما اذا ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه فانهم اذا لم يغرموا بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم الادعوى الولي فاذا ادعى الولي على واحد منهم بعينه دون غيره لزم أن تسقط الغرامة عن غيره منهم لفقد شرط الغرامة وهو دعوى الولي عليهم فتفكر في الفرق ولعله لا يتيسر بدون التعسف قال العيني واعلم أن قوله وجه الفرق الى قوله قال واذا التقى قوم بالسيوف لم يوجد في كثير من النسخ ولهذا لم يشرحه أكثر الشراح انتهى قلت وعن هذا ترى ما فيه من الوهن كما ثبت عليه اتفاق الموضعين (قوله واذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتل فهو على أهل المحلة لان القتل بين أظهرهم) أي وجد بين أظهرهم أي بينهم والظاهر والاطهر بجيشان مفهمين كافي قوله عليه الصلاة والسلام لا صدقة الا عن ظهر غنى أي صادرة عن غنى فالظاهر فيه مفهم كافي ظهر القلب وظهر الغيب وكذا في الاظهر يقال أقام بين أظهرهم أي بينهم كذا في الشروح فان قيل الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة وأنه من خصمائه قلنا قد تعذر الوقوف على

(قوله لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) أقول مع أن استعظام أمر الدم باق على حاله حيث يجب على أهل المحلة القسامة والدية

وقوله (وان كان القوم لقوا قتالا) يجوز أن يكون حالا أي مقاتلين ويجوز أن يكون مفعولا مطلقا لان لقوا في معنى اللقاءات وان يكون مفعولا أي للقتال وقوله (لان الظاهر أن العدو قتله فكان هذرا) يجوز الى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا عصبية في محلة فأجلاوا عن قتل فان عليهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا في ذلك ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركون في مكان في دار الاسلام ولا يدري أن القاتل من أيهما يرجح احتمال قتل المشركون جلا لأمير المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الجمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك وقوله (وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناهم) إشارة الى قوله ولو وجد قتل في معسكر أقاموا الخ وقوله (وقد ذكرناه) إشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملائكة في القسامة عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد وقال أبو يوسف هو عليهم جميعا وقوله (واذا قال المستخلف قتله فلان استخلف بالله) يعني لا تسقط اليمين عنه بقوله قتله فلان غاية ما في الباب أنه استثنى عن عيسته حيث قال قتله فلان وهذا لا ينافي أن يكون المقر شريكه في القتل وأن يكون غيره شريكا معه وإذا كان كذلك يحلف على أنه (٣٩٨) ما قبله ولا عرف له قاتلا غير فلان قال (واذا شهد اثنان من أهل المحلة

الخ) اذا ادعى الولي على رجل من غير أهل المحلة وشهد اثنان من أهل المحلة عليه أنه قتله قال أبو حنيفة رحمه الله لم تقبل شهادتهما وقال لا تقبل لانهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ولا يبي حنيفة رحمه الله أنهم جعلوا خصماء تقديرا للتقصير الصادر منهم وان خرجوا من محلة الخصوم فلا تقبل شهادتهم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ما يلوغ الغلام أو بعزل القاضي

(وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية) لان الظاهر أن العدو قتله فكان هذرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناهم (وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبي حنيفة) خلافا لابي يوسف وقد ذكرناه قال (واذا قال المستخلف قتله فلان استخلف بالله ما قبلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان) لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرناه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه قال (واذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل لم تقبل شهادتهما) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا تقبل لانهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله أنهم خصماء بازاء لهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من محلة الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها شهد قال رضي الله عنه

فانه حقيقة فيسقط الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم كذا في النهاية والعناية أقول يرد على هذا الجواب أن يقال ما بالكتم تجعلون هذا الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم موجبا لاستحقاق القسامة والدية على أهل المحلة ولا تجعلون ذلك الظاهر وهو كون قاتله خصما من غير أهل المحلة دافعا للقسامة والدية عن أهل المحلة مع أن الأصل السائق أن يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق فالأظهر في الجواب أن يقال الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق فبقي حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص وسأني مثل هذا عن قريب (قوله وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية

وعلى

ما قبلها ما يلوغ الغلام أو بعزل القاضي

(قال المصنف وان كان القوم لقوا قتالا) أقول قال صاحب النهاية انتصاب قتلا لا يحتمل أن يكون على الحال أي مقاتلين وان يكون على المفعول به كافي قوله بعده وان لم يلقوا عدوا وان يكون على المفعول به أي للقتال انتهى والمفعول به محذوف أي لقوا العدو (قوله وقوله لان الظاهر أن العدو قتله الخ) أقول الفرق ظاهر فان الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة ودية لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة النص (قوله وأما في المسلمين من الطرفين الى قوله فبقي حال القتل مشكلا) أقول وذلك أن تقول العداوة ترفع الاشكال فلا يلزم من انتفاء جهة الجمل على الصلاح كون حال القتل مشكلا ولو صح ما ذكره لكان الامر كذلك اذا كانت إحدى الطائفتين الخواارج (قال المصنف وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان) أقول قال الزبلي وان كان للارض مالك فيجب على المالك بالاجماع لانهم سكان فلا يتراجون المالك في القسامة والدية وهذا عندهما ظاهر والفرق لابي يوسف بينه وبين المحلة والدار أن العسكر نزوا فيه للانتقال والارتمال للقرار فلا يعتبر الا للضرورة بخلاف الدار والمحلة فانهم يسكنون فيه للقرار فلا بد من اعتباره انتهى ولا يخفى عليك مخالفتي لما نص عليه المصنف من خلاف أبي يوسف (قال المصنف لانه لما أقر بالقتل على واحد) أقول أقرار القتل هنا على التجوز كما لا يخفى

وقوله (وعلى هذين الاصلين) يعني الاصلين المجمع عليهما أحدهما أن كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من كونه خصما لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالاجماع كالوكيل اذا خاصم ثم عزل والثاني اذا كانت لرجل عرضية أن يصير خصما ثم بطلت تلك العرضية فشهد قبلت شهادته بالاجماع وأبو حنيفة رحمه الله جعل ما نحن فيه من الاصل الاول لانهم صاروا خصما في هذه الحادثة لوجود القتل بين أظهرهم فانه السبب الموجب للقسامة والدية قال عمرو وأنا أغرمكم الدية لوجود القتل بين أظهركم وبدعوى الولي القتل على غير أهل المحلة لا يتبين أن هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك عن كونهم خصما وهو ما جعلاه من الاصل الثاني لانهم انما يكونون خصما لو ادعى الولي القتل عليهم فاذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل شهادتهم وقوله (يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس) أما على الاصل الاول فمسئلة الوكيل اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كما هو الوصي في حقوق اليتيم خاصم أو لم يخاصم كما هو وأما على الاصل الثاني فمسئلة الشفيعين اذا شهدا على المشتري (٣٩٩) بالشراء وهو لا يطلبان الشفعة

تقبل شهادتهما لانهما
بعرضية أن يصير خصمين
بطلب الشفعة وقد بطلت
بتركها وقوله (ولو ادعى)
ظاهر وقوله (على
ما بيناه) إشارة الى ما ذكر
من مسئلة وان ادعى الولي
على واحد من أهل المحلة في
بيان الفرق بقوله وهو أن
وجوب القسامة عليهم دليل
على أن القاتل منهم فتعينه
واحد منهم لا ينافي ابتداء
الامر وقوله (ومن جرح في
قبيلة) يعني ولم يعلم الجرح
لانه لو علم سقطت القسامة بل
فيه القصاص على الجرح
ان كان عمدا والدية على
العاقلة اذا كان خطأ فاذا
لم يعلم الجرح فاما أن يصير
صاحب فراش حين جرح
أو يكون صحيحا حينئذ

وعلى هذين الاصلين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس قال (ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة) لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان منهما وعن أبي يوسف أن الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون على ذلك لانهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل قال (ومن جرح في قبيلة فنقل الى أهلها فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فبالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا قسامة ولا دية) لان الذي حصل في القبيلة والمحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه قصاص كما اذا لم يكن صاحب فراش وله أن الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش أضيف اليه وان لم يكن احتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك (ولو أن رجلا معه جريح به رمق حمله انسان الى أهله فمات يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله الى أهله في قول أبي يوسف وفي قياس قول أبي حنيفة يضمن) لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريح في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة

لان الظاهر أن العدو وقتله فكان هدرا) قال في العناية قوله لان الظاهر أن العدو وقتله فكان هدرا يجوز الى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا عصبية في محلة فاجلوا عن قتل فان عليهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا في الفرق ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركون في مكان في دار الاسلام ولا يدري أن القاتل من أيهما يرجح احتمال قتل المشركون جلا لامر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لو ورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال وكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك انتهى وقال بعض الفضلاء طعننا في المصير الى الفرق المذكور الفرق ظاهر فان الظاهر هنا جهة الدفع عن المسلمين فيصلح جهة ونعمة لو كان جهة لكان جهة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة للنص انتهى أقول ليس هذا الفرق بتمام فضلا عن كونه ظاهرا اذا

بحيث يجي. ويذهب فان كان الثاني فلا ضمان فيه بالاتفاق وان كان الاول ففيه القسامة والدية على القبيلة عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف لا شيء عليه وهو مذهب ابن أبي ليلى ووجه قول أبي يوسف ظاهر ووجه قول أبي حنيفة أن الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص واعترض عليه بانه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين صيرورته صاحب فراش وعدم صيرورته كذلك كما لا يفرق في حق القصاص فانه اذا لم يكن وقت الجرح صاحب فراش ثم سرى فمات وجب القصاص وأجيب بأن القسامة والدية وردتا في قتل في محلة لم يعلم له قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك بقدر الامكان والمجروح في محلة لم يعلم جرحه اذا صار صاحب فراش فتقبل شرعاً لانه صار مريض الموت وحكمه حكم الميت في التصرفات فجعل كانه مات حين جرح فوجب الدية والقسامة وأما اذا كان صحيحا يذهب ويحيى فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح فكذلك في الدية والقسامة وقوله (ولو أن رجلا معه جريح الخ) حكمه ظاهر من مسئلة من جرح في قبيلة فنقل الى أهله ولهذا قال في آخره وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله في مسئلة القبيلة

وقوله (ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه) اعلم أن المصنف رحمه الله قال فدينه على عاقلة لورثته عند أبي

(ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فدينه على عاقلة لورثته عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد وزفر لا تني فيه) لأن الدار في يده حين وجد الجريح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرًا وله أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار لورثة فتجب على عاقلة

لأن سلم أن الظاهر لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق بل يجوز أن يكون حجة لدفع القسامة والدية عن أهل المحلة ولا يكون حجة للاستحقاق على المسلمين الذين اقتتلوا عصبية في ذلك المحل فيلزم أن يكون هدرًا فلا بد في تمام الفرق بين المستثنين من المصير إلى ما ذكره المشايخ من البيان ونقله صاحب العناية كما حققته (قوله ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فدينه على عاقلة لورثته عند أبي حنيفة) قال صاحب العناية اعلم أن المصنف قال فدينه على عاقلة لورثته عند أبي حنيفة ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار لورثة فتجب على عاقلة وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت إما أن تكون عاقلة الميت أو غيرهم فإن كان الأول كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم وإن كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنًا أشار إلى الأول في حكم المسئلة وإلى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني بقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته فإن حكم المسئلة المذكورة وهو وجوب الدية على العاقلة عند أبي حنيفة بعم صورتين قطعًا أي صورة أن كان عاقلة الميت عاقلة الورثة وصورة أن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فامعنى تخصيص حكمها بالصورة الأولى بمجرد الإشارة إلى امكانها ثم إن تقدير المضاف وعدم تقديره متناقضان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد حتى بقدر المضاف في قول المصنف فالدية على عاقلة على التقدير الثاني ولم يقدر على التقدير الأول كما يشعر به قوله وعلى التقدير الثاني بقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته فالوجه في الدفع أن يقال المضاف مقدر البتة في قوله فالدية على عاقلة أي على عاقلة ورثته فيوافق الدليل ويتناول صورتين معًا أما تناوله الصورة الثانية وهي أن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فظاهر وأما تناوله الصورة الأولى وهي أن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فلا أن عاقلة ورثته وعاقلة الميت إذا اتحدتا يصح نسبتهن إلى الورثة كما يصح نسبتهن إلى الميت بل تكون نسبتهن إلى الورثة أولى ههنا لأن الدار لما كانت حال ظهور القتل للورثة لا للميت وكان وجوب القسامة والدية بناء على ظهور القتل كما ذكره المصنف في الدليل كانت الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلة الميت وقال صاحب النهاية في شرح قول المصنف فدينه على عاقلة لورثته أي على عاقلة ورثته لأنه لما وجد قتيلا في الدار المملوكة لورثته لاله لأنه ميت والميت ليس من أهل الملك كانت الدية عليهم وإنما قال الدية على عاقلة بناء على الظاهر وهو أن عاقلة الوارث والمورث متحدة وإن كان في موضع مختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهي أن الدار مملوكة للورثة لا للميت أن تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الأصح وعلى قياس طريقة أن غيره ولو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلة يجب أن تكون الدية على عاقلة القتيل كذا في المبسوط انتهى أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن هذا أولى مما ذكره صاحب العناية إلا أن في تقريره أيضا شيئًا من الركاكة فالأرجح ما قررناه من قبل تأمل ترشد (قوله) وله أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار لورثة فتجب على عاقلة (اعترض عليه بأن الدية إذا وجبت على عاقلة الورثة فأنما وجبت

حنيفة رحمه الله ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار لورثة فتجب على عاقلة وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت إما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم فإن كان الأول كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم وإن كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنًا أشار إلى الأول في حكم المسئلة وإلى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني بقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته فإن حكم المسئلة المذكورة وهو وجوب الدية على العاقلة عند أبي حنيفة بعم صورتين قطعًا أي صورة أن كان عاقلة الميت عاقلة الورثة وصورة أن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فامعنى تخصيص حكمها بالصورة الأولى بمجرد الإشارة إلى امكانها ثم إن تقدير المضاف وعدم تقديره متناقضان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد حتى بقدر المضاف في قول المصنف فالدية على عاقلة على التقدير الثاني ولم يقدر على التقدير الأول كما يشعر به قوله وعلى التقدير الثاني بقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته فالوجه في الدفع أن يقال المضاف مقدر البتة في قوله فالدية على عاقلة أي على عاقلة ورثته فيوافق الدليل ويتناول صورتين معًا أما تناوله الصورة الثانية وهي أن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فظاهر وأما تناوله الصورة الأولى وهي أن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فلا أن عاقلة ورثته وعاقلة الميت إذا اتحدتا يصح نسبتهن إلى الورثة كما يصح نسبتهن إلى الميت بل تكون نسبتهن إلى الورثة أولى ههنا لأن الدار لما كانت حال ظهور القتل للورثة لا للميت وكان وجوب القسامة والدية بناء على ظهور القتل كما ذكره المصنف في الدليل كانت الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلة الميت وقال صاحب النهاية في شرح قول المصنف فدينه على عاقلة لورثته أي على عاقلة ورثته لأنه لما وجد قتيلا في الدار المملوكة لورثته لاله لأنه ميت والميت ليس من أهل الملك كانت الدية عليهم وإنما قال الدية على عاقلة بناء على الظاهر وهو أن عاقلة الوارث والمورث متحدة وإن كان في موضع مختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهي أن الدار مملوكة للورثة لا للميت أن تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الأصح وعلى قياس طريقة أن غيره ولو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلة يجب أن تكون الدية على عاقلة القتيل كذا في المبسوط انتهى أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن هذا أولى مما ذكره صاحب العناية إلا أن في تقريره أيضا شيئًا من الركاكة فالأرجح ما قررناه من قبل تأمل ترشد (قوله) وله أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار لورثة فتجب على عاقلة (اعترض عليه بأن الدية إذا وجبت على عاقلة الورثة فأنما وجبت

(قال المصنف ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فدينه على عاقلة) أقول أي على عاقلة ورثته على تقدير المضاف وإنما قال هكذا بناء على الظاهر من اتحاد عاقلة الورثة مع عاقلة القتيل حتى لو اختلفت العواقل تكون على عاقلة الورثة كما صرح به المصنف في تقرير الدليل

بأنها يجب للقتول حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه إذا قتل أباه بحب الدية على عاقلته وتكون ميراثه ثم اعلم بأنه صنع مثل ذلك في ذكره الدية في الحكم والقسامة في دليل أبي خنيفة رحمه الله إشارة إلى أن القسامة واجبة عليهم وجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ فإن القسامة لم تذكر في الأصل واختلف المشايخ في وجوبها على العاقلة على قول أبي خنيفة فمنهم من قال لا تجب لأنها تختص بمن يعلم بحال القاتل وليس ههنا من يعلمه فلا تلزم القسامة ومنهم من قال تجب لجواز أن يكون جماعة انفقوا على قتله فقتلوه في داره فيكون ثمة من يعلم بحالته واختاره المصنف واكتفى بذلك في الدليل عن ذكر الدية لأن وجوبها يستلزم وجوب الدية وما ألفتة مخبراً بل الله تراه ولما (٤٠١) استشعر ورود مسألة المكاتب

إذا وجد قتيلاً في داره
كالنقض على ما ذكرنا
إلى الجواب بقوله لأن حال
ظهوره الخ يعني انحصار
دم المكاتب هدر الان حال
ظهور قتله بقيت الدار على
حكم ملكه لأن الكتابة
لا تنسخ إذا مات عن وفاء
بل يقضى به ما عليه وإذا
كان الدار على حكم ملك
نفسه جعل قتيلاً نفسه
ومن قتل نفسه كان دمه
هدراً بخلاف الحر فإنه
حال ظهور قتله لم تكن
الدار على حكم ملكه لعدم
قابلية الميت للملك وإنما
انتقل إلى ورثته فكان
كقتيل وجد في دار غيره ولم
يعلم له قاتل فتجب فيه
القسامة والدية وقوله
(ولو أن رجلين كانا في بيت)
ظاهر وقوله (كما إذا وجد
قتيل في محلة) يعني أن
توهم قتل نفسه فيه موجود
ولم يعتبر فكذلك ههنا
وقوله (قال المتأخرون)

بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلاً في دار نفسه لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كأنه قتل نفسه فيهدم دمه (ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحاً قال أبو يوسف يضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه) لأنه يحتمل أنه قتل نفسه فكان التوهم ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولا يوجب يوسف أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطاً كما إذا وجد قتيلاً في محلة (ولو وجد قتيلاً في قرية لا مرأه فعند أبي خنيفة ومحمد عليهم القسامة تكرار عليها الإيمان والدية على عاقلته أقرب القبائل إليها في النسب وقال أبو يوسف على العاقلة أيضاً) لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة والمرأة ليست من أهلها فأنشبت الصبي وإلها أن القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لأننا نزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة (ولو وجد رجل قتيلاً في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها قال هو على صاحب الأرض) لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية

للورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم وأجيب بأنها تجب للقتول حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه إذا قتل أباه بحب الدية على عاقلته وتكون ميراثاً له كذا في العناية وعليه أكثر الشراح أقول يرد على ظاهر هذا الجواب أنه ينافي ما ذكر في وضع جواب المسئلة فإن المذكور فيه فديته على عاقلته لورثته عند أبي خنيفة ومقتضى جواب الاعتراض أن تكون دية له لا لورثته ويمكن دفعه بأن المراد بالذكور في وضع جواب المسئلة أن دية المقتول على عاقلته لورثته في ثلثي الحال أي تصير لهم بالخلافة عن المقتول بعد أن كانت له أولاً ومن مثل هذا التسامح في العبارة ليس بعز في كلمات الثقات ثم أقول بقي هنا إشكال قوي وهو أنه قد مر أن دعوى ولي القاتل شرط لوجوب القسامة والدية وولي القاتل فيما نحن فيه هو الورثة فلا بد من دعواهم فيلزم أن تكون دعواهم على أنفسهم لأن الدار كانت لهم حال ظهور القاتل ولا يخفى ما فيه ويمكن دفعه أيضاً بتمهل فليتأمل وأجاب صاحب العناية عن أصل الاعتراض بوجه آخر حيث قال قلت العاقلة أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم انتهى أقول ليس هذا بشئ أما أولاً فلأن الدية اسم لمجموع ما قدره الشرع من الأنواع المخصوصة من المال كما تقر في أول الديات وبعض ذلك لا يسمى دية كما صرحوا به فلو كان ما يجب للورثة من العاقلة ما وجب على غير الورثة منهم فقط لما تم جواب هذه المسئلة وهو قوله فديته على عاقلته لورثته لأن دية المقتول مجموع

(٥١ - تكمله فامن) أي من مشايخنا رحمه الله (إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة) يشير إلى أنها لا تدخل في غير هذه الصورة على ما يجي في المعاقلة إن شاء الله تعالى وإنما دخلت في هذه الصورة لأنها زلت قاتلة تقديراً حيث دخلت في القسامة فكما دخلت فيها دخلت في العقل أيضاً بخلاف غيرها من الصور فإنها لا تدخل فيه في القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل في العقل أيضاً وقوله (لأنه أحق بنصرة أرضه) لأن الحفظ والتدبير في الأرض إلى صاحب الأرض لا إلى أهل القرية والله سبحانه وتعالى أعلم

(قال المصنف وتهمة القتل من المرأة متحققة) أقول مخالف لما مر في بيان قوله ولا قسامة على المرأة وأشار إلى كمال الجواب في الدرس الثاني من المعامل

كتاب المعادل

لما كان موجب القتل
الخطا وما في معناه الدية على
العاقلة لم يكن من معرفتها
قد كرها وأحكامها في هذا
الكتاب وقال (المعادل
جمع معقولة) بفتح الميم وضم
القاف وبين معناها وقوله
(وكل دية) مبتدأ وقوله
(على العاقلة) خبره وقوله
(وجبت بنفس القتل) يعني
ابتداء فان ما يجب منها
بسبب الصلح أو الأوبة فهي
في مال القاتل لا على العاقلة
وقوله (وقد ذكرناه) يعني
الدية بتأويل العقل وقوله
(وكذا الذي تولى شبه العمد)
وهو الذي ضربه بالسوط
الصغير حتى قتله وقوله (وفي
إيجاب مال عظيم إجماعه)
فسر الإجماع بقوله واستثاله
وقوله (انما قصر) يعني
أن القاتل انما قصر حالة
الرمي في التثبت والتوقف
وقوله (وتلك) أي القوة

كتاب المعادل

أقول كان الأولى أن يقال
كتاب العواقل لأن
المعادل جمع معقولة وهي
الدية كما قال هو فكانه قال
كتاب الديات فصارت تكرارا
والعواقل جمع عاقلة وهو
من يحمل الدية وهذا هو
المناسب هنا كما لا يخفى (قوله
وهو الذي ضربه بالسوط
الصغير) أقول وفيه بحث

كتاب المعادل

المعادل جمع معقولة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لأنها تعقل الدماء من أن تسفل أي تحسك قال
(والدية في شبه العمد والخطا وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون) يعني
يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والأصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام
في حديث جل بن مالك رضي الله عنه لا ولياء قوموا فندوه ولأن النفس محترمة لا وجه إلى الإهدار
والخطا معذور وكذا الذي تولى شبه العمد تنظر إلى الآلة فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه
وفي إيجاب مال عظيم إجماعه واستثاله فيصير عقوبة فتمضم إليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا
بالضم لأنه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به
قال (والعاقلة أهل الديوان أن كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين) وأهل
الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين

ما يجب على العاقلة كلهم لا ما يجب على بعض منهم وأما ثانيا فلأن المذموم المذكور في الاعتراض
المزبور انما هو أن يكون الذين عقلا عنهم هم الذين عقلا لهم وهم الورثة كما ينادى عليه قول المعترض
فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم لأن يكون من وجبت الدية عليهم عين من وجبت لهم حتى يقال
أن من وجبت الدية عليهم غير الورثة ومن وجبت لهم هم الورثة فلا اتحاد على أن العاقلة إذا كانت أعم
من أن تكون ورثة أو غير ورثة كما صرح به ذلك المجيب تكون الورثة أيضا من وجبت عليهم الدية لأن
الدية انما تجب على العاقلة كلهم لا على بعض منهم فيلزم اتحاد من وجبت الدية عليهم ومن وجبت لهم
بالنظر إلى الورثة لا محالة فلا يصح الجواب المزبور على كل حال كما لا يخفى

كتاب المعادل

أقول هكذا وقع العنوان في عامة المعتبرات لكن كان ينبغي أن يذكر العواقل بدل المعادل لأن المعادل
جمع المعقولة وهي الدية كما صرح به المصنف وغيره فيصير المعنى كتاب الديات وهذا مع كونه مؤديا
إلى التكرار ليس بتمام في نفسه لأن بيان أقسام الديات وأحكامها قد مر مستوفى في كتاب الديات وانما
المقصود بالبيان هنا بيان من تجب عليهم الدية بتفصيل أنواعهم وأحكامهم وهم العاقلة فالمناسب
في العنوان ذكر العواقل لأنها جمع العاقلة قال صاحب النهاية لما كان موجب القتل الخطا وما
في معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة أحكامها فذكرها في هذا الكتاب انتهى واقتنى
أثره صاحب العناية أقول ليس ذلك بسديد لأن مداره أن يكون المقصود بالذات في هذا الفصل
معرفة الديات نفسها ومعرفة أحكامها وليس كذلك فان محلها كتاب الديات واستوفيت هناك على
التفصيل وانما المقصود بالذات هنا معرفة العواقل وأحكامها وذكروا الدية على سبيل الاستطراد ولولا
ذلك لما ذكر الكتاب هنا بل كان ينبغي أن يذكر الباب أو الفصل ليكون المذكور هنا اذ ذلك شعبه من
الديات بخلاف العواقل فانها أمر مغاير للديات ذاتا وحكما فكانت محلا لذكر الكتاب وكأن ذنيل
الشارح انما اغترى بذكر المعادل في عنوان هذا الكتاب بدل العواقل كما فصلناه آنفا والوجه
السديد هنا ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال لما بين أحكام القتل الخطا وتوابعه شرع في بيان
من يجب عليه الدية اذ لا بد من معرفتها انتهى (قوله والدية في شبه العمد والخطا وكل دية وجبت بنفس
القتل على العاقلة) قال جمهور الشراح قوله وكل دية مبتدأ وقوله على العاقلة خبره أقول فيه خلل
اذلو كان الأمر كما قاله لكان قوله وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة كلاما مستقلا مستقلا
وكان ما قبله وهو قوله والدية في شبه العمد والخطا كلاما تاما مستقلا أيضا فيلزم أن يكون قوله والدية

وقوله (كتب أسامهم في الديوان) الديوان الجريدة من دؤن الكتب (٤٠٣) إذا جمعها لانها قطع من القراطيس

مجموعة ويروي أن عمر رضي الله عنه أول من دؤن الدواوين أي رتب الجرائد للولاية والقضاء ويقال فلان من أهل الديوان أي من أثبت اسمه في الجريدة وقوله (من عطاياهم) العطاء اسم ما يعطى والجمع عطية والعطايا جمع عطية وهو بمعنى العطاء وقوله (وذلك ليس بنسخ بل هو تقرير معنى) جواب عن قول الشافعي رحمه الله ولا نسخ بعده وقوله (بالحلف) الحلف بكسر الحاء العهد بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ولاء الموالاة وقوله (والولاء) أي ولاء العتاقة وقوله (والعهد) هو من العبد وهو أن يعد فيه يقال فلان عديد بني فلان إذا عديهم وقوله (فان خرجت العطايا في أكثر من ثلاث) أي ثلاث سنين أو أقل مثل أن تخرج عطاياهم الثلاث في سنتين يؤخذ منهم في كل سنة سدس الدية وان خرجت عطاياهم الثلاث في سنة واحدة أخذ منهم الدية فهو وقوله (لحصول المقصود) يعني أن المقصود أن يكون المأخوذ منهم من الاعطية وذلك يحصل بالأخذ من عطاياهم سواء كانت في

كتب أسامهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي الدية على أهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دؤن الدواوين جعل العقل على أهل الديوان وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم من غير تكبر منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على أهل النصرية وقد كانت بأنواع القرابة والحلف والولاء والعهد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على أهل اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقبتهم أهل الحرفة وان كان بالحلف فأهل الدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى منه في أصول أموالهم والتقدير بثلاث سنين مروى عن النبي عليه السلام ومحمي عن عمر رضي الله عنه ولان الأخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة (فان خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها) لحصول المقصود وتأويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبل بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما بين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقائل ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل

مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطا خبره في صير المعنى والدية كائنة أو واجبة في شبه العمد والخطا وهذا مع استلزامه أن يكون قوله والدية في شبه العمد والخطا مستدركا لاطائل نحتة ههنا إذ كون الدية واجبة في شبه العمد والخطا وقد ذكر مفصلا في أول كتاب الجنائيات وكتاب الديات وليس له تعلق بكتاب المعاقل بقوت به المعنى المقصود ههنا وهو بيان كون الدية في شبه العمد والخطا على العاقلة اذ بهذه الحينة تصير هذه المسئلة من مسائل كتاب المعاقل والحق الصريح عندي أن قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطا صفة أي الدية الكائنة أو الواجبة في شبه العمد والخطا وقوله وكل دية وجبت بنفس القتل عطف على قوله والدية في شبه العمد والخطا وقوله على العاقلة خبر المبتدأ وهو قوله والدية في صير الحكم بكونها على العاقلة منسجما على المعطوف والمعطوف عليه جميعا فلا يلزم المحذور أصلا وبحصل المعنى المقصود ههنا بلاربيب (قوله ولان الأخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة) أقول في تمام هذا التعليل كلام لانه يجوز أن يكون العطاء الخارج في سنة واحدة أو في سنتين وأما بنسب الدية لكثرة آحاد العاقلة فيمكن أخذها بالتمام من العطاء الخارج في سنة أو سنتين فلا يفيد هذا التعليل المزبور المدعى وهو التقدير بثلاث سنين وأيضاً يجوز أن لا تكون العطايا الخارجة في ثلاث سنين وافية بتمام الدية لقلة آحاد العاقلة فلا بد أن تؤخذ اذ ذلك من العطايا الخارجة في أكثر من ثلاث سنين فلا يفيد التعليل المذكور المدعى من هذه الحينة أيضاً كما ترى نعم يفيد التأجيل مطلقا لكن المدعى هنا هو التأجيل بثلاث سنين لا التأجيل مطلقا (قوله فان خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها المقصود) أقول فيه بحث وهو أن القياس كان يأبي ايجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم المماثلة بينهما ما الآن الشرع ورد بذلك كما صرحوا به والشرع انما ورد بايجابه مؤجلا بثلاث سنين فانه هو المروى عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو المحكي عن عمر رضي الله تعالى عنه كما مر آنفا فينبغي أن يختص التأجيل بثلاث سنين اذ قد تقرر عندهم أن الشرع الوارد على خلاف القياس يختص بما ورد به وسيجيء نظير هذا في الكتاب في تعليل أن ما وجب على القاتل في ماله كما اذا قتل الأب ابنه عمدا ليس بحال عندنا بل مؤجلا بثلاث سنين فقامل هل يمكن دفعه (قوله ولو خرج للقائل ثلاث عطايا في سنة واحدة) قال صاحب معراج الدراية وفي بعض النسخ ولو خرج للقابل أي للعام القابل وهو الاصح انتهى وتبعه الشارح العيني أقول كيف يكون ذلك هو

أكثر من ثلاث سنين أو في أقل منها وقوله (وتأويله) أي تأويل كلام المقدوري رحمه الله فانه أطلق ذكر السنين وانما يؤخذ منهم في ثلاث سنين بعد القضاء فيكون المراد ثلاث سنين في المستقبل فلا بد من التأويل

يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة وإن كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس أو أقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي رحمه الله ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض وإنما أن القياس بأباه والشرع ورده مؤجلا فلا يتعداه

وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء وقوله (وإذا كان جميع الدية) واضح وقوله (ولأن القياس بأباه) أي القياس بأبي إيجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه لأن القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض والشرع ورده أي بإيجاب المال مؤجلا في الخطأ فلا يتعداه فإن قيل هذا ليس في معنى الخطأ فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه ما لا يجب بالقتل ابتداء والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها

(قوله وقوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء) أقول ولعل الظاهر أن يكون إشارة إلى قوله لحصول المقصودة (قوله وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها) أقول يعني لا يترتب الحكم على الحكمة

الأصح حينئذ يلزم أن يكون قول المصنف معناه في المستقبل لغوا محضاً لأن ما يخرج للعام القابل أي المقبل لا يكون إلا في المستقبل قطعاً فمعنى تفسير المراد بقوله معناه في المستقبل اللهم إلا أن يفرق بين خروج في العام القابل وبين خروج للعام القابل ويدعى إمكان كون الخروج للعام القابل في الماضي بأن خرج العطاء في الماضي للعام القابل أي لأجل العام القابل بطريق تعجيل إعطاء عطية العام الآتي أيضاً المصلحة لكنه تعسف لا يخفى نعم في النسخة الأولى أيضاً كلام وهو أنه قال في جواب هذه المسئلة يؤخذ منها كل الدية ولا شك أن كل الدية إنما يؤخذ من العطايا التي خرجت للعاقلة أجمعهم لا مما خرجت للقاتل فقط لأنه يمكن أن يقدر المضاف في قوله ولو خرج للقاتل أي لو خرج لعاقلة القاتل وتقدير المضاف طريقة معهودة حينئذ ينظم جواب المسئلة كما لا يخفى (قوله يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا) قال الشراح قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء أقول أراه من خروجها عن سنن الصواب إذا اظهر أن قوله لما ذكرنا دليل على قوله يؤخذ منها كل الدية فينبغي أن لا يكون قوله المزبور إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء إذ لا تأخير لكون الوجوب بالقضاء في أن يؤخذ كل الدية من العطايا الخارجية في سنة واحدة في مسئلتنا هذه بل إنما يكون قوله المزبور حينئذ إشارة إلى قوله لحصول المقصود فإنه يصلح أن يكون دليلاً عليه اذ ذلك كما لا يخفى على ذي مسكة نعم لو جعل قوله المزبور دليلاً على قوله معناه في المستقبل أصبح جعل ذلك إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء لكن جعله دليلاً على ما وقع ذكره من المصنف استطراداً وبالتبع وهو قوله معناه في المستقبل وترك ما هو أصل المسئلة وهو مقصود بالذات هنا خالفاً عن الدليل بالنكبة مما لا تقبله الفطرة السليمة على أنه لو كان مراد المصنف ذلك لما أخر قوله لما ذكرنا عن جواب المسئلة بل كان عليه أن يذكره متصلاً بقوله معناه في المستقبل (قوله وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلاث سنين) أقول هذا التحريم محتمل إذا اظهر أن خبر ما في قوله وما وجب على العاقلة إنما هو قوله فهو في ماله إذ لو كان خبره في ثلاث سنين لم يكن للفاء في قوله فهو في ماله معنى بل لم يظهر لضمير هو في قوله فهو في ماله ارتباط بما قبله وهذا كله مما لا سعة به عنده من له دربة بأساليب الكلام والقواعد الأدبية فإن كان خبر ما قوله فهو في ماله لم يصح معنى الكلام في المقام فإن ما وجب على العاقلة من الدية ليس من مال القاتل بل أربى فالحق في تحرير المقام أن يقال وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل في ماله بأن قتل الأب ابنه عمدا فهو في ثلاث سنين (قوله وإنما أن القياس بأباه والشرع ورده مؤجلا فلا يتعداه) قال صاحب العناية في شرح قوله أن القياس بأباه أي القياس بأبي إيجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه لأن القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح أما أولاً فلأنه لو كان معنى قول المصنف أن القياس بأباه هو أنه لا يقتضيه لما أثبت دليلنا المذكور ههنا مدعائنا فإن إيجاب المال بمقابلة النفس لا يكون حينئذ مخالفاً للقياس لأن عدم اقتضاء القياس إياه ليس باقتضاء عدمه والمخالف إنما يتحقق في الثاني دون الأول فإذا لم يكن ذلك مخالفاً للقياس لم يلزم من ورود الشرع بإيجاب المال في الخطأ مؤجلاً أن لا يتعدى غيره لأن الذي لا يتعدى مودعه إنما هو

وقوله (لان الواجب الاصلى المثل) لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا أنه اذا رفع الى القاضى وتحقق المجزع عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق الى القيمة بالقضاء (فيعتبر ابتداءؤها من وقته) أى من وقت القضاء (كفى ولد المغرور) فان قيمته انما تحجب بقضاء القاضى وان كان رد عينه قبل القضاء متعذرا لکن جعل الواجب رد العين وتحول الى القيمة بالقضاء لما تحقق المجزع عن رد العين ولهذ الوهك الولد قبل (٤٠٥) القضاء لم يضمن المغرور شيئا وهذا هو الموعود

من قبل بقوله لان الوجوب بالقضاء على ما بين وقوله (وهذا) أى قول القدورى رحمه الله لا يزداد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها (اشارة الى انه يجوز ان يزداد على أربعة من جميع الدية) فاذا أخذ من كل واحد منهم في كل سنة ثلاثة أو أربعة دراهم كان من جميع الدية تسعة أو انا عشر وليس كذلك فان محمد ارجه الله نص على انه لا يزداد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الادره أو درهم وثلاث درهم وقوله (وهو الاصح) احتراز عما ذهب اليه بعض مشايخنا رحمه الله مما فهم من اشارة كلام القدورى ذكر في المبسوط وقال ذلك غلط وقوله (ضم اليهم أقرب القبائل معناه نسبيا) قالوا هذا الجواب انما يستقيم في حق العرب لان العرب حفظت أنسابهم فامكننا ايجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب

ولو قتل عشرة رجال خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلى المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءؤها من وقته كفى ولد المغرور قال (ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقبته قبيلته) لان نصرته بهم وهى المعبرة في العاقلة قال (وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزداد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها) قال رضى الله عنه كذا ذكره القدورى رحمه الله في مختصره وهذا اشارة الى انه يزداد على أربعة من جميع الدية وقد نص محمد ارجه الله على أنه لا يزداد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الادره أو درهم وثلاث درهم وهو الاصح قال (وان لم يكن تنسع القبيلة لذلك ضم اليهم أقرب القبائل) معناه نسبيا كل ذلك لمعنى التخفيف وضم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصابات الاخوة ثم بنوهم ثم الاغمام ثم بنوهم وأما الآباء والابناء فقليل يدخلون اقرب بهم

ما يخالف القياس كما تقرر في علم الاصول وأما ثانيا فلانه ان أراد بقوله وهى أى حجج الشرع لا تتناقض أن حججه الممول بها لا تتناقض فسلم لكن القياس فيما نحن فيه ليس بممول به بل هو متروك بالنص الوارد بايجاب المال فلا محذور في اقتضائه عدم ايجاب المال بمقابلة النفس وان أراد به أن حجج الشرع لا تتناقض مطلقا أى سواء كانت معمولاً بها أو لا فمنوع كيفية وقد وضعوا في كتب الاصول بابا للمعارضة بين الادلة الشرعية والترجيح وبينوا أحكام ذلك على التفصيل والعجب من الشارح المزبور أنه رفض هنا عدة من القواعد الفقهية بلا ضرورة أصلا ثم قال ذاك الشارح فان قيل هذا ليس في معنى الخطأ فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء أقول ان قيد الابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء ينافى ما مر منه في أول كتاب المعاقلة فانه لما قال في الكتاب هناك وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة قال ذلك الشارح وغيره في شرح قوله وجبت بنفس القتل يعنى ابتداء وقالوا يحتز به عن دية تجب بسبب الصلح أو الابوة في القتل العمد فانما في مال القاتل لا على العاقلة انتهى ووجه المناقاة غير خاف على زى مسكة (قوله ولو قتل عشرة رجال خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل) أقول قد مر في كتاب الجنائيات انه اذا قتل جماعة واحدا عدا اقتص من جميعهم وقالوا في بيان وجهه ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال لان القتل لا يتجزأ بجفاء التماثل بين الواحد والجماعة من هذه الجينية فوجب القصاص على جميعهم فلقائل أن يقول هنا فلم لا تجب على كل واحد من العشرة القاتلين واحد خطأ دية كاملة باعتبار أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال كفى العمد بناء على أن القتل لا يتجزأ وقد مر في كتاب الديات أنه قد روى أن عمر رضى الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فليستأمل في الفرق (قوله وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلى المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءؤها من وقته) قال الشراح في بيانه لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل

أما في حق العجمي فلا يستقيم لان العجم ضيعوا أنسابهم فلا يمكننا ايجاب العقل على أقرب القبائل من القاتل نسبيا فبعد ذلك

(قال المصنف لان الواجب الاصلى المثل والتحول الى القيمة بالقضاء) أقول بل الواجب الاصلى الدية قال الله تعالى ودية مسلمة الى أهله فليس التحول اليها بالقضاء فان القضاء قضاء الله تعالى لا حكمه (قال المصنف ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقبته قبيلته لان نصرته بهم) أقول أى بالقبيلة ويحتمل أن الباء للابسة والمعنى لان نصرته القبيلة ملتبسة به (قوله مما فهم من اشارة كلام القدورى) أقول من التشنية في قوله مما

وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحدا اكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثران وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم اليهم أقرب الرايات يعني أقربهم نصرة اذا خربهم أمر الأقرب فالأقرب وبفرض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوي بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكاة وأدناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكن انما قول هي أخط رتبة منها لا ترى انها لا تؤخذ من أصل المال فينقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضي بالدية في أرزاقهم - في ثلاث سنين في كل سنة الثلث) لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم يتظران كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة فكلما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة أشهر يخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه أيسر اما لان الاعطية أكثر أولان الرزق لكفاية الوقت فيستعسر الاداء منه والاعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيستيسر عليهم

النفس النفس الا أنه اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس ما فيه من معنى العقوبة وهو مرفوع عن الخاطئ فحول الحق بالقضاء الى المال انتهى أقول فيه نظر لانهم ان أرادوا أن ضمان المتلفات مطلقة حتى النفس المتلفة بالقتل خطأ انما يكون بالمثل بالنص فهو ممنوع كيف وقد قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبته مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا به وهو نص صريح في كون جزاء القتل خطأ تحرير رقبته مؤمنة ودية مسلمة الى أهله لا قتل القاتل بمقابلته ذلك نعم ان قوله تعالى فاعندوا عليه عمل ما اعتدى عليكم كان يقتضي باطلا لانه ان يكون الضمان في النفس المتلفة بالقتل خطأ أيضا بالمثل لو لم يكن حكم القتل خطأ مخصوصا منه بنص آخر وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبته مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ولما خص به من ذلك كان وجوب الدية في القتل خطأ منصوفا عليه من قبل رب العزة ثابتا قبل القضاء بل قبل أن يجتاز القاضي وان أرادوا أن ضمان المتلفات ماعدا النفس انما يكون بالمثل بالنص فهو مسلم لاحتماله ولكن لا يجدي شيئا فيما نحن فيه كما لا يخفى (قوله وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحدا اكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثران) أقول فيه كلام وهو أن عدم كثرة الآباء مسلم وأما عدم كثرة الأبناء فكثيرة الاخوة فمنوع كيف واخوته أبناء أبيه فاذا جاز أن يكثر أبناء أبيه فلم لا يجوز أن يكثر أبناء نفسه فتأمل (قوله وان كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضي بالدية في أرزاقهم - في ثلاث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال) قال تاج الشريعة الفرق بين الرزق والعطاء أن الرزق ما يفرض للانسان في مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية يفرض له ما يكفيه كل شهر أو كل يوم والعطاء ما يفرض كل سنة لا بالحاجة انتهى أقول تفسير العطاء بما ذكره لا بلام مسئلة مرت فيما قبل وهي قوله ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية فان المفهوم منها جواز أن يفرض لرجل عطاء في كل سنة من الثلاث فتخرج له في سنة واحدة ثلاث عطايا والتاخير من التفسير المزبور أن يكون العطاء ما يفرض كل سنة مرة واحدة نعم بلام قول المصنف قبيل تلك المسئلة والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فالتوفيق أن يحمل قول المصنف والعطاء يخرج في كل سنة مرة

اختلف المشايخ رحمه الله فقال بعضهم يعتبر برأى الحال والقرى الأقرب فالأقرب وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وقوله (فيسوي بين الكل) يعني الآباء والابناء وغيرهم لانه صلة لانه يجب على العاقلة على سبيل المواساة وقوله (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق) قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للقائلة والرزق ما يجعل للفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة والباقي ظاهر

(قوله قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للقائلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة) أقول فيه بحث لانه لا يلائم قوله وان كان لهم أرزاق فتأمل (قال المصنف ثم يتظران كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة) أقول في المغرب الرزق ما يخرج للجندي عن رأس كل شهر وقيل يوما بيوم والمرتبة الذين يأخذون الرزق يوما بيوم وان لم يشقوا في الديوان وفي مختصر الكرخي العطاء ما يفرض للقائلة والرزق للفقراء انتهى

قال (وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم) لانه هو الفاعل فلامعنى لاخر اجه ومواخذة غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النقي عنه والجامع كونه معذور اقلنا ايجاب الكل اجماف به ولا كذلك ايجاب الجزم ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء منه أولى قال الله تعالى ولا تزرزوا زرة وزر أخرى (وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل) لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على أهل النصرمة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرمة وهو الجزية

واحدة وكذا التفسير الذي ذكره تاج الشريعة للعطاء على ما هو الاكثر الاغلب وقوعا ومثل هذا ليس بعز في المتعارف وقال صاحب الغاية الفرق بين الرزق والعطية أن الرزق ما يفرض لكفاية الوقت والعطية ما يفرض ليكونوا قائمين بالنصرة ثم قال قال صاحب المغرب العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وفيه نظر لان محمدا قال اذا كان لهم أرزاق وأعطيات فرضت الدية في أعطياتهم دون أرزاقهم فعمل بذلك أن الرزق يفرض للمقاتلة ايضا انتهى أقول ان صاحب المغرب قد ذكر الفرق بين الرزق والعطاء في الموضعين من المغرب أحدهما موضع بيان الرزق والثاني موضع بيان العطاء فقال في الاول الرزق ما يخرج للجندى عند رأس كل شهر وقيل يوما بيوم ثم قال وفي مختصر الكرخي العطاء ما يفرض للمقاتلة والرزق للفقراء وقال في الثاني العطاء اسم ما يعطى والجمع أعطية وأعطيات وقوله لا يجوز بيع العطاء والرزق ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج للجندى من بيت المال في السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر ثم قال وفي شرح القدوري في العاقلة الدية في أعطياتهم ثلاث سنين فان لم يكونوا أهل عطاء وكانت لهم أرزاق جعلت الدية في أرزاقهم وقال الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة انتهى فنظر صاحب الغاية لا يرد على ما ذكره في الموضع الاول قط وكذا لا يرد على ما ذكره في الموضع الثاني أولا بقوله ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج للجندى من بيت المال في السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر وانما يرد على ما نقله من شرح القدوري بقوله وقال الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وهو ليس بعرضي عند صاحب المغرب فنسب ذلك القول الى صاحب المغرب نفسه وايراد النظر عليه ليس كما ينبغي والعجب ههنا من صاحب العناية أنه خص بالذكر من بين ما ذكره في الفرق بين العطية والرزق ذلك القول الذي رده صاحب الغاية ولم يتعرض لما فيه من المحذور ولم يذكر شيئا يدفعه مع ظهور أن المسئلة الآية في الكتاب بقوله وان كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق بأبي ذلك القول جدا (قوله وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم) قال صاحب النهاية اعلم أن القاتل انما يكون كاحد العواقيل في أداء نصيبه من الدية اذا كان القاتل من أهل العطاء في الديوان وأما اذا لم يكن هو من أهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا ايضا لان الدية تؤخذ من الاعطيات وقال وهو هكذا منصوص في المبسوط واقتنى أثره في تقييد هذه المسئلة بالوجه المزبور أكثر الشراح منهم صاحب العناية أقول هذا مشكل عندى اذ قد مر في الكتاب أن من لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل ولا شك أن قبيلة من لا يكون من أهل العطاء في الديوان قد لا تكون هي أيضا من أهل العطاء في الديوان وقد مر أيضا أنهم قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وان كان بالخلف فأهله وعلى مقتضى ما ذكر في النهاية من قوله لان الدية تؤخذ من الاعطيات في تعليل قوله وأما اذا لم يكن

وقوله (وأدخل القاتل مع العاقلة) يعنى اذا كان القاتل من أهل الديوان أما اذا لم يكن فلا شيء عليه من الدية عندنا أيضا كما لا يجب عند الشافعي رحمه الله قال (وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل) كلامه واضح

(قال المصنف قال الله تعالى ولا تزرزوا زرة وزر أخرى) أقول قال القاضي في تفسيره أى ولا تحمل نفس آئمة اثم نفس أخرى وقال القاضي في تفسير سورة الانعام جواب عن قولهم اتبعوا سبيلنا واتحمل خطاياكم انتهى فعلى هذا لا يتجه التمسك بها في هذا المقام لاثبات الملازمة وأما المصنف لم يحمل على هذا المعنى بل قال أى لا تحمل نفس حاملة حمل نفس أخرى فاستدل بها فيلزم النسخ أو التخصيص

وقوله (وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لاشئ عليهم من الدية) قيل انه يناقض قوله في المسئلة التي ذكرها قبل المعاقلة فيما اذا وجد القاتل في دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة وله وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تفرد قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على المرأة شئ من الدية وهي قاتلة حقيقة فلا ن لا يجب عليها شئ منها وهي قاتلة تفرد برأوى لا نناقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق المزموم فيتحقق الا لازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم الدية فان قلت هذا الجواب ينفي على إيجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لانه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي الى أن قال ولا امرأة وعبد وقال ههنا ولو وجد قاتل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تكرر الايمان وذلك تناقض البتة فالجواب أن ذلك مذكور في سياق قوله وان (٤٠٨) لم تكمل أهل المحلة خمسين كررت الايمان ومعناه لا يكمل أهل

وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لاشئ عليهم من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزه من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لانه ينصرف نفسه وهذا لا يوجد فيه ما والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبي عليه السلام ورضي الله عنهم (ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر) يريد به أنه اذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مصره أقرب اليه من أهل مصر آخر (ويعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم) لانهم أتباع لأهل مصر فانهم اذا خربهم أمر استنصروا بهم فيعقلهم أهل المصر باعتبار معنى القرب في النصر (ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة) لانه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصر بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصر بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقلة (ومن جنى جنابة من أهل المصر وليس له في الديوان عطاء

المحلة خمسين من الصبي والمرأة والعبد لانهم ليسوا من أهل النصر واليمين على أهلها وأما ههنا فالقتيل وجد في قرية فيجب عليها نفقة التهمة القتل فانها تحقق منها ويتبين من هذا أن القسامة اذا وجبت على جماعة تعزل بالنصرة فمن كان أهلاً لها يدخل ومن لا فلا فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة واذا وجبت على واحد تعزل بتهمة القتل فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا تدخل المرأة والله أعلم قوله (والفرض لهما من العطاء) جواب عما يقال فرض الامام لنساء الغزاة وذرائعهم من العطاء والعطاء انما يدفع بنصرة أهل الاسلام كما في حق

من أهل العطاء فلا يجب عليه شئ من الدية عندنا أيضاً يلزم أن لا يجب الدية على العاقلة أيضاً فيما اذا لم يكن القاتل ولا عاقلة من أهل العطاء لعدم امكان الاخذ من الاعطيات هناك لافي حق القاتل ولا في حق عاقلة واللازم باطل لا محالة فان وجوب الدية على العاقلة في القتل الخطا وشبهه العمد مجمع عليه فاذا وجب عليهم الدية البتة ينبغي أن يجب على القاتل أيضاً شئ منها وان لم يكن من أهل العطاء لعله التي ذكرت في الكتاب وهي أن القاتل هو الفاعل فلا معنى لاجراجه ومواخذة غيره فتدبر (قوله وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لاشئ عليهم) قال صاحب النهاية ان قوله ههنا لا يجب على المرأة شئ من الدية وان كانت هي القاتلة يخالف المسئلة التي ذكرها قبل كتاب المعاقلة فيما اذا وجد القاتل في دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقيل وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تفرد قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على المرأة شئ من الدية وهي قاتلة حقيقة فلا ن لا يجب عليها شئ منها وهي قاتلة تفرد برأوى لا نناقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق المزموم فيتحقق الا لازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد

وأهل

الغزاة ثم الغزاة عواقل لغيرهم فكذا النساء ووجهه ما قاله ان الدفع اليهن باعتبار المعونة أي معونة الامام لهما لا باعتبار نصرتهم ما غيرهما

(قوله وهي قاتلة حقيقة) أقول الواو حالية (قوله أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء) أقول فيه بحث ألا يرى أنه لا يجب على تلك المرأة دية على رواية الأصل بل أدخلها المتأخرون في تحملها مع العاقلة (قال المصنف والفرض لهما من العطاء بالمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام) أقول قال الاتقاني بيانه أن بنيتهم ما تصلح لمعاونة الجند بالطبخ والخباطة وحفظ المنزل ونحو ذلك ولا تصلح للنصرة لضعفهما فكان الفرض للمعونة لا للنصرة ويجوز أن يقال الفرض لهما من الامام على سبيل العون لهما كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام لا لوجود النصر من غيرهما فلم يدل فرض العطاء للنصرة انتهى والتشبيه في قول المصنف كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام على الاحتمال الاول في كون الفرض للنصرة لافي كونه للمعونة كما لا يخفى

وأهل البادية أقرب إليه ومسكنه المصر فعقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر) ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة قبل هو صحيح لأن الذين يذنون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر ولا يخصون به أهل العطاء وقيل تأويله إذا كان قريبا لهم وفي الكتاب إشارة إليه حيث قال وأهل البادية أقرب إليه من أهل المصر وهذا لأن الوجوب عليهم بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار تطير مسئلة الغيبة المنقطعة (ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر) لأن أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم لأنه لا يستنصر بهم (وان كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقل أحدهم قتيلا فدينه على عاقلة بمنزلة المسلم) لأنهم التزموا أحكام الاسلام في المعاملات لاسيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم (وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه) كما في حق المسلم لما بينا أن الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه إلى العاقلة أن لو وجدت فاذ لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجر من مسلمين في دار الحرب قتل أحدهم ما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لأن أهل دار الاسلام لا يعقلون عنه ويمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر) لعدم التناصر

لا يستلزم الدية انتهى أقول فيه نظر لأن استلزام القسامة وجوب الدية على المقسم عندنا ما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة بالاستقراء ممنوع فانه اذا وجد القاتل في قرية امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد يجب علم القسامة ولا يجب عليها شيء من الدية على ما هو المنصوص عليه من محمد كما ذكر في غاية البيان والكفاية وغيرهما والمتأخرون وان قالوا ان المرأة تدخل مع العاقلة في تحمل الدية في تلك المسئلة الا أن تعليلهم بأنها بقواهم لانا أنزلناها قاتلة والقاتلة تشارك العاقلة كما مر في الكتاب قبل كتاب المعاقل يأتي الفرق بين القاتلة حقيقة والمقدرة قاتلة بل يقتضي قبس المنزل قاتلة على القاتلة حقيقة واللا يتم تعليلهم المذكور لاعلى قاعدة الفقه ولا على قاعدة الميزان كما يظهر بالتأمل الصادق فالحق في التوفيق بين المسئلتين المذكورتين في المقامين ماذ كره سائر الشراح فانه قال في الكفاية هذا يخالف ماذ كره قبيل المعاقل من اختيار المتأخرين أن المرأة تدخل في التحمل مع العاقلة الا أن ذلك ليس بأصل الرواية وانما هو اختيار بعض المتأخرين وما ذكرهنا هو اختيار الطحاوي وهو الاصح وهو أصل رواية محمد انتهى وقال في معراج الدراية هذه المسئلة مخالفة لما مر قبيل كتاب المعاقل أنه لو وجد قاتل في دار امرأة أن المرأة تشارك العاقلة عند المتأخرين الا أنه يمكن أن يكون هذا على رواية المتقدمين أن المرأة لا تدخل في العواقل في صورة من الصور انتهى وقال في غاية البيان فان قلت قد مر قبيل كتاب المعاقل أن القاتل اذا وجد في قرية امرأة فنجب القسامة عليها والدية على عاقلة عند أبي حنيفة ومحمد وذهب المشايخ المتأخرون إلى أنها تشارك العاقلة في الدية فكيف لم تشاركهم هنا قلت غيبة أيضا لان مشاركتهم في الدية على ما هو المنصوص من محمد وانما استحسن المتأخرون في تلك المسئلة خاصة انتهى ثم قال صاحب العناية فان قلت هذا الجواب يبتنى على إيجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لأنه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي إلى أن قال ولا امرأة ولا عبد وقال ههنا لو وجد قاتل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها تكررا لايمان وذلك تناقض السنة فالجواب أن ذلك مذكور في سياق قوله وان لم يكمل أهل المحلة نجسين كررت الايمان فعناه لا يكمل أهل المحلة نجسين من الصبي والمرأة والعبد لانهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهلها وأما ما هنا فالقتل وجد في قرية بها فتجب عليها انقيال التهمة القتل فانها تتحقق منها وتبين من هذا أن القسامة اذا وجبت على الجماعة تمل بال نصرة فمن كان أهلا لها يدخل ومن لا فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة واذا وجبت على واحد تعلل

وقوله (وأهل البادية أقرب إليه) يعني نسبا وقوله (قبل هو صحيح) الضمير راجع إلى قوله لم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة وقوله (من أهل المصر) بيان لقوله أهل الديوان أي أهل الديوان الذين هم من أهل المصر وقوله (وصار تطير مسئلة الغيبة المنقطعة) يعني أن الولي لا بعد أن يزوج اذا كان الأقرب غائبا وقوله (لا سيما في المعاني العاصمة) كعدم القذف والسرقة والقصاص ووجوب الدية وقوله (فالدية في ماله في ثلاث سنين) أي لا على بيت المال لان النصرة الموجبة للعقل غير موجودة بين الذمي والمسلم لانقطاع الولاية بيننا بخلاف المسلم فان ديبه على بيت المال اذا لم يوجد له عاقلة على ظاهر الرواية وسيجيء وقوله (ويمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم) أي ليس بسبب نصرة أهل الاسلام اياه وقوله (لعدم التناصر) لان التعاقل يبتنى على الموالاة وذلك لعدم عند اختلاف الملة قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض

والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله مله واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعادة فيما بينهم ظاهرة أما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض وهكذا عن أبي يوسف لا نقطع التناصر ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فقول ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي فإنه يرضى بالدية على عاقبته من أهل البصرة وقال زفر يقضى على عاقبته من أهل الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف لأن الموجب هو الجناية وقد تفتت وعاقبته أهل الكوفة وصار كما اذا حوّل بعد القضاء ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل وبالعوض ينتقل إلى المال وكذا الوجوب على القاتل وتحمل عنه عاقبته وإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقبته عند القضاء بخلاف ما به عند القضاء لأن الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لأنها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة

بتهمة القتل فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا تدخل المرأة إلى هنا كلامه أقول فيه أيضا نظر أما أولا فلان كون ذلك مذكورا في سياق قوله وان لم يكمل أهل المحلة خسين كررت الإيمان بمنوع بل ذلك مسألة مبتدأة مقصودة بالبيان على الاستقلال إذ لو كان معناه لا يكمل أهل المحلة خسين من الصبي والمجنون والمرأة والعبد لانتفى صلاحيتهم للقسامة مطلقا أي سواء كانوا منضمين إلى الغير لتكميل الحسين أو كانوا منفردين وحدهم لزم أن يكون بيان حال الصبي والمجنون والعبد في أمر القسامة عند كونهم منفردين غير منضمين إلى الغير متروكا بالكيفية في هذا الكتاب وكثير من الكتب المعتمدة إذا فرض أن عدم الصلاحية للقسامة حال الانضمام إلى الغير لتكميل الحسين لا يستلزم عدم الصلاحية لها حال الانفrazاد وهو حاصل الجواب الذي ذكره لدفع التناقض بين المقامين في حق المرأة كما ترى وأما ثانيا فلان ما ذكره من أن القسامة إذا وجبت على الجماعة تعال بالنصرة وإذا وجبت على الواحد تعلل بتهمة القتل من عند ياته لا يساعد العقل ولا النقل أما عدم مساعدة العقل فلان كل واحد من ترك النصرة واحتمال القتل متحقق في كل واحد من صورتي وجوب القسامة على الجماعة ووجوبها على الواحد فتعديلهما بالاول والاخرى بالثاني دون العكس أو الجمع تحكيم بحسب وأما عدم مساعدة النقل فلأنهم كانوا يعملون وجوب القسامة والدية مطلقا بكل واحد من العائنين المذكورين كما لا يخفى على من راجع المعبرات وقدمت الإشارة إلى ذلك في مواضع من نفس الكتاب فتذكر (قوله والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم) أقول فيه أن ذلك مبني على الغالب انتهى جوابه أن ذلك مبني على الغالب انتهى أقول بأبي هـ هذا الجواب قول المصنف هناك فلا عاقلة بعد قوله أنهم لا يتعاقلون فيما بينهم لان النكرة المنفية تفيد العموم على ما عرف فالاولى في الجواب أن يقال المراد هناك نفى الوقوع أي لم يقع التعاقل فيما بينهم والمراد هنا بيان الجواز أي لو وقع التعاقل فيما بينهم جاز ولا يضر اختلاف مللهم تبصر (قوله ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فقول ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي فإنه يقضى على عاقبته من أهل البصرة) أقول لقاتل أن يقول قد مر في أوائل كتاب المعامل أن العاقلة إنما خصوا بالضم إلى القاتل في أدعائه لأنه لان القاتل إنما قصر لقوة فيه وتلك القوة بانصاره وهم العاقلة فكأنوا هم المقصرون في تركهم مراقبته فخصوا به ولا ريب أن مقتضى ذلك أن يكون القضاء بالدية في هذه المسئلة على عاقلة القاتل من أهل الكوفة كما ذهب إليه زفر لان الجناية إنما صدرت عنه حال كون عاقبته أهل الكوفة فالقوة فيه وقت مدورها عنه إنما كانت بانصاره الذين هم أهل الكوفة والتقصير في مراقبته وقتئذ إنما وقع منهم إذ لا شك أن عهدة المراقبة في ذلك الوقت كانت عليهم لا على أهل البصرة فكان ينبغي

وقوله (والكفار يتعاقلون فيما بينهم) ظاهر الألفاظ نذكرها وقوله (وعاقبته أهل الكوفة) الواو للمال وقوله (لكن حصة القاتل تؤخذ

من عطائه بالبصرة) يعني وان كان بعد القضاء

قال المصنف (والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم) أقول مخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه أن ذلك مبني على الغالب (قال المصنف فإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقبته عند القضاء) أقول فيه أن تحمل العاقلة لتقصيرهم في تركهم مراقبته على ما مر غير مرة وهذا التقصير إنما وقع من أهل الكوفة فينبغي أن تجب عليهم

بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم - حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم - فكان فيه تقرير الحكم الاول لا بطلاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكناه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم - وكذا البسدي اذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم - في أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في أعطياتهم - وان كان قضى بها أول مرة في أموالهم - لانه ليس فيه نفذ القضاء الاول لانه قضى بها في أموالهم - وأعطياتهم - أموالهم غير أن الدية تقضى من أيسر الاموال أداء والاداء من العطاء أيسر اذا صاروا من أهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فينشد لا يتحول الى الدراهم أبد المافيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من ملل العطاء لانه أيسر قال (وعاقلة المعتق قبيله مولا) لان النصرة بهم يؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم قال (ومولى الموالاة يعقل عنه مولا وقبيلته) لانه ولا يعتنصربه فألصقه ولا العتاقة وفيه خلاف الشافعي وقدم في كتاب الولاء

أن يقضى بالدية عليهم - لا على أهل البصرة ويمكن الجواب بان ما ذكره هناك حكمة أن خصت العاقلة بالضم الى القاتل في تحمل الدية لاعاته وقد تقرر عندهم أن الحكمة تراعى في الجنس لاني كل فرد كافي الاستبراء في البكر فلا يقدح عدم عشية ما ذكره هناك في مسئلتنا - فانه ملاك الامر في تمام جواب المسئلة هو الدليل وقد ذكره المصنف بقوله ولما أن المال انما يجب عند القضاء الخ ولا محالة أنه يقضى أن يقضى بالدية على أهل البصرة لا على أهل الكوفة لان وجوب الدية لما كان عند القضاء لاقبله وكان ديوان القاتل متحولاً الى البصرة قبل القضاء لم يبق مجال أن يقضى بالدية على أهل البصرة فانهم لم يكونوا عاقلة القاتل وقت القضاء ولم تجب عليهم الدية حال كونهم عاقلة لعدم سبق وجوبها للقضاء فلا بد أن يقضى بها على من هو عاقلة وقت الوجوب تحقيقاً للتخفيف عن القاتل المعذور كما تقرر فيما مر (قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم - حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب الخ) قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة اذا كان القاضي قضى بدينته على عاقلته من أهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب وان كان بعد القضاء مع أن فيه أيضاً نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى أقرب القبائل وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير حكم الاول لا بطلاله انتهى أقول مقدمتهم القائلة مع أن فيه أيضاً نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى أقرب القبائل مع كونها مستدركة في بيان معنى المقام غير صحيحة في نفسها اذ ليس فيما اذا قلت العاقلة بعد القضاء نقل الدية من أحد الى أحد قط بل انما فيه تكثير المتحملين لما قضى به عليهم - ولا شك أن التكثير يغاير النقل بل يتأفاه وعن هذا قال المصنف في الفرق بين الصورتين ان في النقل ابطال حكم الاول وفي الضم تقرير حكم الاول لا بطلاله ولو كانت المقدمة الكاذبة معتبرة في معنى المقام لقال المصنف في الفرق بين الصورتين المذكورتين ان امر النقل في صورة القلة كذا وفي صورة التحول بعد القضاء كذا تأمل توقف

قال المصنف ومولى الموالاة يعقل عنه مولا وقبيلته) أقول لا بد على قول من يقول لا يدخل الالباء والابناء في العاقلة لانهم لا يكسرون من الفرق بين المولى وبينهم واعل التزامه لاداء الدية في العقد - والقارق ولاجل ذلك لم يعقل في المعتق مولا وقبيلته اذ لا التزام بالعقد فيه تأمل

وقوله (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية) لان القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الاموال قيل هذا اذا كانت الجناية فيمادون النفس فأما بدل النفس فتحملة العاقلة وان كان أقل من نصف العشر ألا ترى أن التبيسة اذا كانت مائة كانت الدية على عاقلتهم وان كان نصيب كل واحد منهم مائة درهم لانها بدل النفس وكذلك من قتل عبدا قيمته مائة وخمسون درهما فانه تحمله العاقلة لان تحمل بدل النفس ثابت بالنص والتحمل فيمادون النفس ثابت بعلة النص فلا يعتبر التحمل فيمادون النفس مقدار لم يوجد في التحمل لان النص ولا علمه فيجب في ماله وقوله (ولا عبدا) قال أبو عبيد اختلافوا في تأويل قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا (٤١٣) فقال لي محمد بن الحسن رحمه الله انما معناه ان يقتل

قال (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتحمل نصف العشر فصاعدا) والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوف على ما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم من قوله لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرش الموضحة وأرش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال (وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني) والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء الا أن تركناه بما روينا وبما روى أنه عليه السلام أوجب أرش الجاني على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فسادونه بذلك به مسائل الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني أخذا بالقياس

(قوله قال ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتحمل نصف عشر الدية فصاعدا) قال في النهاية والدليل على أنها لا تحمل مادون نصف العشر أن القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الاموال كذا في شرح الاقطع انتهى واقتنى أثره صاحب العناية أقول يرد عليه أن لكل مفصل من اصبع فيها ثلاثة مفاصل ثلث عشر الدية كما مر في كتاب الديان حيث قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية ثم قال وفي كل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الاصبع فكان لكل مفصل من اصبع فيها ثلاثة مفاصل أرش مقداره أقل من نصف عشر الدية ويجب القصاص في عمده لا محالة لا مكان رعاية المماثلة التي هي مبنى القصاص كما تقر في باب القصاص فيما دون النفس من كتاب الجنايات فانتقض به كل واحد من قوله ان القصاص لا يجب في عمده ومن قوله ولا يتقدر أرشه كما ترى نعم قد تدارك صاحب الغاية اصلاح المقدمة الثانية أعني قوله ولا يتقدر أرشه حيث قال ويدل عليه من جهة النظر أن مادون الموضحة ليس له أرش مقدري نفسه فأشبهه ضمان الاموال ثم قال فان قيل أرش الاثالة مقدروها وثلاث دية الاصبع فينبغي أن تحمله العاقلة قيل له ليس أرشها مقدرا بنفسها بل هو مقدري غيرها وهو الاصبع ونحن انما شبهنا مادون الموضحة بالاموال من حيث انه لم يكن له أرش مقدري نفسه انتهى لكن بقيت المقدمة الاولى وهي قوله ان القصاص لا يجب في عمده مجرودة تدبر (قوله والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوف على ما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرش الموضحة) قال أبو عبيد اختلافوا في تأويل قوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا

العبد حرا فليس على عاقلة مولاة شيء من جنابة عبده انما جنابته في رقبته أن يدفعه الى الجاني عليه أو يفديه ثم قال وهذا قول أبي حنيفة وقال ابن أبي ليلى انما معناه أن يكون العبد مجنبا عليه بقتله حر أو بحرجه يقول فليس على عاقلة الجاني شيء انما معناه في ماله خاصة قال أبو عبيد فذا كرت الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى لجره على كلام العرب ولا يرى قول أبي حنيفة جائزا ذهب الى أنه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الاصمعي ان في كلاب العرب يقال عقلت القليل اذا أعطيت دية وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فأعطيتها عنه قال الاشمي كلمت أبا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته وأجيب بأن عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه وسباق الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا وسياقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعترافا لان على ذلك ان معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف وعلى هذا قوله بعده هذا

(قوله وقوله ولا عبدا قال أبو عبيد اختلافوا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال لي محمد بن الحسن انما معناه أن يقتل العبد حرا الخ) أقول قال الاشمي واحتج محمد في ذات شيء رواه عن ابن عباس قال محمد حدثني عبد الرحمن بن أبي زياد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك قال محمد ألا ترى أنه قد جعل الجنابة جنابة المملوك (قوله وأجيب بأن عقلته يستعمل الخ) أقول فيه بحث اذ يجوز أن يكون المعنى لا تعقل العاقلة من قتل عمدا ولا من صلح عن دمه ولا من اعترف بقتله فان الخصم يذهب الى أن المعنى ذلك

(ولا تعقل العاقلة جنابة العبد) إضافة المصدر إلى فاعله وأما إذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كانت على العاقلة وقوله (والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم) الآن في الاقرار تجب الدية في ثلاث سنين وفي الصلح عن العبد يجب المال حالا لا إذا شرط الاجل في الصلح فيكون موجبا وقوله (ففي النابت بالاقرار أولى) يريد أن النابت بالبيعة أولى منه بالاقرار لان النابت بها كالنابت معاينة وفي السئل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضى فهذا أولى (٤١٣) وقوله (وتصادقهما حجة في حقهما) لان

أحد المتصادقين أولى
القتيل ومن زعمه أن الدية
انما وجبت لاعلى المقر
فاقراره حجة على نفسه
وقوله (بخلاف الاول) أراد
به قوله والاقرار والصلح
لا يلزمان العاقلة فيفهم من
هذا أنه يلزم موجب الاقرار
في مال المقر وانما وجبت
الدية هناك في مال المقر
لان هناك لم يوجد تصادقهما
بقضاء الدية على العاقلة
فوجب في مال المقر ضرورة
فان قيل لما كان أصل الوجوب
عليه وقد تحول بزعمه الى
عاقلة بقضاء القاضى فاذا
توى على العاقلة بمحسودهم
عاد الدين الى ذمة المحل
أجيب بان هذا يستقيم
فما اذا كان أصله ديناً لدفع
التوى عن مال المسلم وهذا
ليس كذلك فانه صله شرعت
صيانة لدم المقتول عن الهدر
فيه وما تقر على العاقلة
بقضاء القاضى لا يتحول
اليه بحال سواء استوفى من
العاقلة أو لم يستوف

(قوله وفي القتل معاينة
الدية) أقول ليس كلام
المصنف في الدية بل في
التأجيل كما لا يخفى ولعل

قال (ولا تعقل العاقلة جنابة العبد ولا يلزم بالصلح أو باقرار الجاني) لما روينا ولانه لا تناصر بالعبد
والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال (الآن يصدقوه) لانه ثبت بتصادقهم
والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على أنفسهم (ومن أقرب يقتل خطأ ولم يرفعوا الى القاضى الا بعد
سنين قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى) لان التأجيل من وقت القضاء في النابت
بالبيعة ففي النابت بالاقرار أولى (ولو تصادق القاتل وولى الجنابة على أن قاضى بلد كذا قضى بالدية
على عاقلة بالكوفة بالبيعة وكذبهم ما العاقلة فلا شئ على العاقلة) لان تصادقهما ليس بحجة عليهم
(ولم يكن عليه شئ في ماله) لان الدية بتصادقهما ما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في
حقهما بخلاف الاول (الا أن يكون له عطاء معهم فيئذ يلزمه بقدر حصته) لانه في حق حصته مقرر
على نفسه وفي حق العاقلة مقرر عليهم قال (واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلة قيمته)
لانه بدل النفس على ما عرف من أصلنا وفي أحد قولى الشافعى تجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا
يوجب قيمته بأغرة ما بلغت

ولا عبدا فقال محمد بن الحسن انما معناه أن يقتل العبد حرأفليس على عاقلة مولاه شئ من جنابة
عبده انما جنابة في رقبته أن يدفعه الى المحنى عليه أو يفديه ثم قال وهذا قول أبى حنيفة
وقال ابن أبى ليلى انما معناه أن يكون العبد مجنبا عليه يقتله حراً ويخرج حرة فليس على عاقلة الجاني
شئ انما معناه في ماله خاصة قال أبو عبيد فذا كرت الأصمى في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن
أبى ليلى على كلام العرب ولا يرى قول أبى حنيفة جازا يذهب الى أنه لو كان المسمى على ما قال كان
الكلام لا تعقل العاقلة عن عبده ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الأصمى ان في كلام العرب
يقال عقلت القتل اذا أعطيت دينه وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فأعطيتها عنه قال الأصمى
كلمت أبا يوسف القاضى في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلت وعقلت عنه حتى فهمته وأجيب
بان عقلت يستعمل في معنى عقلت عنه وسبق الحديث وهو قوله لا تعقل العاقلة عما دأوس سابقه
وهو قوله صلى الله عليه وسلم ولا صلحا ولا اعترافا يدا لان على ذلك لان معناه عن عبده وعن صلح وعن
اعتراف كذا في العناية أقول الجواب محل الكلام اذ الخصم أن يمنع كون معناه ما ذكره قول بل
معناه لا تعقل العاقلة من قتل عبدا بصيغة المجهول ومن صلح عن دمه ومن اعترف بقتله على صيغة
المجهول أيضا فيقول المعنى في الكل الى معنى عقلت القتل لا الى معنى عقلت عن فلان فلا يتم الجواب
الزما (قوله لان التأجيل من وقت القضاء في النابت بالبيعة ففي النابت بالاقرار أولى) قال صاحب
العناية يريد أن النابت بالبيعة أقوى منه بالاقرار لان النابت بها كالنابت معاينة وفي القتل معاينة
الدية انما تجب بقضاء القاضى فهذا أولى انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال ليس كلام المصنف
في الدية بل في التأجيل وقال واعمل الاولى أن يقال اذا ثبت القتل الخطأ بالبيعة يلزم الدية على
العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلاث سنين تحقيقا للتخفيف في النابت بالاقرار أولى يؤجل للتخفيف
لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فلي تأمل انتهى أقول ليس ما قاله بسديد اذ ليس

الاولى أن يقال اذا ثبت القتل الخطأ بالبيعة يلزم الدية العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلاث سنين تحقيقا للتخفيف في النابت بالاقرار أولى
أن يؤجل للتخفيف لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فلي تأمل (قوله فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الاقرار الخ) أقول
الفهم منه بعيد ولعل المراد به قوله ومن أقرب يقتل خطأ الى قوله قضى عليه بالدية في ماله (قوله أجيب بان هذا يستقيم فيما اذا كان أصله
دينا لدفع التوى الخ) أقول قوله لدفع متعلق بقوله يستقيم

ومادون النفس من العبد لا تحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي أحد
قوله العاقلة تحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال أصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت
المال لان جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك ولهذا الوما كان ميراثه
ليبت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن أبي حنيفة رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه
أن الاصل أن تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه إلا أن العاقلة تحمله ما صحقها
للتخفيف على ماهر واذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل (وابن الملا عنة تعقله عاقلة أمه) لان
نسبه ثابت منها دون الاب (فان عقلاؤه ثم ادعاء الاب رجعت عاقلة الام بما أدت على عاقلة الاب في
ثلاث سنين من يوم يقضى القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب) لانه تبين أن الدية واجبة عليهم لان

كلام المصنف هنا أصالة في الدية ولا في التأجيل نفسه لان وجوب الدية بطريق التأجيل في القتل
الخطا اذ قد علم في كتاب الجنابات وفي كتاب الديات وفيما مر غير مرة في كتاب المعاقلة وانما الكلام ههنا
أصالة في كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار ولهذا قصر المصنف البيان عليه في تعليل
هذه المسئلة وما ذكره ذلك البعض بقوله ولعل الاولى أن يقال الخ انما يفيد كون الدية مؤجلة الى
ثلاث سنين في هذه المسئلة لا كون التأجيل فيها من وقت القضاء دون وقت الاقرار والمقصود
بالبيان هنا هو الثاني دون الاول وأما ما ذكره صاحب العناية فيفيد الثاني لانه قال وفي القتل معاينة
انما تجب الدية بقضاء القاضي فهذا أولى وهذا ثبت كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار
لان وجوب الدية اذا كان بقضاء القاضي فلا جرم لا يتحقق وجوبها قبل قضاء القاضي وتأجيل الدية
فرع وجوبها لا محالة انما يتصور التأجيل من وقت القضاء لا قبله وعن هذا قال في المبسوط كما نقل
عنه في النهاية والتأجيل فيه من وقت القضاء لا من وقت الاقرار لان الثابت بالاقرار بالقتل لا يكون
أقوى من الثابت بالمعاينة وفي القتل المعائن الدية انما تجب بقضاء القاضي فهنا أولى انتهى (قوله
ومادون النفس من العبد لا تحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف) أقول فيه
كلام وهو أنه ان كان مراد المصنف بقوله على ما عرف ما ذكره في باب القصاص فيما دون النفس في
تعليل أن لا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدن عندنا
بقوله ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالنفوت في القيمة كما صرح به
صاحب الغاية حيث قال هنالكا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ولهذا لا يجري القصاص في العبد
بين طرف الحر والعبد فلا تحمله العاقلة كطرف البهيمة وقد مر ذلك في باب القصاص فيما دون النفس
وهذا معنى قوله على ما عرف انتهى ينتقض حينئذ ما ذكره في تعليل مسئلة هذه بتحمل العاقلة
مادون النفس من الحر الى مادون نصف عشر الدية فان الدليل المذكور هنا يجري هنالك أيضا مع تخلف
الحكم عنه وان كان مراده ما ذكره في فصل بعد باب جنابة المملوك من أن المعتبر فيما دون النفس
من العبد هي المالبية دون الآدمية بخلاف النفس من العبد فان المعتبر في انلافها هي الآدمية دون
المالبية عندنا جاز أن لا ينتقض ما ذكره هنا بتحمل العاقلة مادون النفس من الحر الى مادون نصف
عشر الدية اذ لم يصرح أحد بسقوط اعتبار الآدمية في أطراف الحر بالكلية الا أنه لا يتم الدليل
المذكور هنا حينئذ على أصل أبي حنيفة فانه يعتبر المالبية والآدمية معا في أطراف العبد وانما يتم
هذا على أصل أبي يوسف ومحمد فانهم لا يعتبران الآدمية فيها بالكلية وقد مر ذلك كله في الفصل
المرزور في بيان مسئلة من فقهاء عبيد انسان والمسئلة التي نحن فيها متفق عليها بين أئمتنا فلا معنى
لان يبنى دليلها على أصل بعض منهم دون بعض وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من
الاضطراب كما ترى (قوله وفي أحد قوله تحمله كما في الحر وقد مر من قبل) قال صاحب الغاية أي

وقوله (وقد مر من قبل)
أي في أول فصل بعد باب
جنابة المملوك وقوله (قال
أصحابنا رجهم الله ان
القاتل اذا لم يكن له عاقلة
فالدية في بيت المال) يعني
اذا كان القاتل مسلما بدليل
قوله لان جماعة المسلمين هم
أهل النصر والنصرة بالولاية
وهي منقطعة بيننا وبينهم
وبالباقي ظاهر

وقوله (ثم أدبت الكتابة) أي فانه حينئذ يرجع قوم الام على الاب وقوله (والاصل الذي يخرج عليه أن يقال حال القاتل اذا تبدل حكمه فانتقل ولاؤه الى ولاء سبب حادث لم تنتقل جنابته عن الاولى قضى بها القاضي أولم يقض) كالمولودين عبد وحره اذا جنى ثم اعتق العبد لا تحول الجنابة عن عاقلة الام لان ههنا تبدل حاله بان انتقل ولاؤه عن موالى الام الى موالى الاب وكالغلام اذا حفر بئر قبل أن يعتق أبوه ثم سقط في البئر رجل بعد ما اعتق أبوه فان القاضي (٤١٥) يقضى بالدية على عاقلة الام ولا يجعل على عاقلة الاب من ذلك شيئا لان الحادث بعد الحفر ولاء العتاقة فيعتبر بالملك الحفر لو وجد في ملك ثم حدث فيه ملك آخر للغير قبل الوقوع فان الجنابة لا تنحصر الى الملك الحادث بل تبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر فان العبد اذا حفر بئر في طريق المسلمين بغير اذن مولاه فقبل أن يقع فيه انسان باعه ثم وقع في ملك المشتري انسان فمات فالضمان على البائع لا على المشتري لان ملك المشتري حادث بعد الحفر فكذا الولاء الحادث بعد الحفر يعتبر به فلا تحول الجنابة وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاءنة حوالت الجنابة الى الأخرى وقع القضاء بها أولم يقع وقد ذكر صورته في الكتاب وكذا اذا مات المكاتب عن ولد سر ووفاء فلم يؤد وامكانته حتى جنى ابنه وهو من امرأة حرة مولاة لبي نعيم والمكاتب لرجل من همدان فعقل عنه جنابته قوم أمه ثم أدبت الكتابة فان عاقلة الام يرجعون بما أدوا على عاقلة

عند الا كذاب ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالا كذاب ومضى ظهر من الاصل فقوم الام فحملوا ما كان واجبا على قوم الاب ف يرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أدبت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم أبيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من أجزاء حياته فيستبين أن قوم الام عقولوا عنهم ف يرجعون عليهم وكذلك رجل أمر صبيًا بقتل رجل فقوله فضمت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الامر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الامر ان كان ثبت باقراره في ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضي على الامر أو على عاقلة له لان الديان تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضي الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة والاصل الذي يخرج عليه أن يقال حال القاتل اذا تبدل حكمه فانتقل ولاؤه الى ولاء سبب حادث لم تنتقل جنابته عن الاولى قضى بها أولم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاءنة حوالت الجنابة الى الأخرى وقع القضاء بها أولم يقع ولولم يختلف حال الجناني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضى بها على الثانية وان كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشترى كوا في حكم الجنابة قبل القضاء وبعده الا فيما سبق أدائه فمن أحكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخرج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد

في أول فصل بعد باب جنابة المملوك واقتنى أثره في هذا النفس برب صاحب العتابة والشارح العيني ولم يتعرض لنفسه بذلك أصلا سائر الشراح أقول لو كان مراد المصنف بقوله وقد مر من قبل ما فسر به هؤلاء الشراح الثلاثة كانت حوالته ههنا غير راجحة قطعاً لزم ذلك الفصل تحمل العاقلة مادون النفس ولا تحملها دية النفس لا عند الشافعي ولا عندنا كما لا يخفى على من تتبع مسائل ذلك الفصل برمتها

كتاب الوصايا

قال الشراح اراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهراً المناسبة لان آخر أحوال الأدي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت أقول يرد عليه أن كتاب الوصايا ليس بمراد في آخر هذا الكتاب وانما المورث في آخره كتاب الخنثى كما ترى نعم ان كثير من أصحاب التصانيف أوردوه في آخر كتبهم لكن الكلام في شرح هذا الكتاب ويمكن الجواب من قبل الشراح بحمل الآخر في قولهم في آخر الكتاب على الاضافي فان آخره الحقيقي وان كان كتاب الخنثى الا أن كتاب الوصايا أيضاً آخره بالاضافة الى ما قبله حيث كان في قرب آخره الحقيقي وعن ههنا ترى القوم يقولون وقع هذا في أوائل كذا وآخره فان صيغة الجمع لا تنمى في الاول الحقيقي والاخر الحقيقي وانما المخلص من ذلك تعميم الاول والاخر الحقيقي والايضافي ويمكن أن يقال أيضاً لما كان ما ذكر في كتاب الخنثى نادراً من حيث الوقوع ومن حيث المسائل أيضاً جعلوه في حكم العدم واعتبروا كتاب الوصايا آخر الكتاب ثم ان الوصية في اللغة اسم بمعنى المصدر الذي

الاب لان عتق المكاتب عند اداء البذل يستند الى حال حياته فمبين أنه كان للمولود ولاه من جانب الاب حين جنى وان موجب جنابته على موالى أبيه فلذلك يرجعون على موالى الاب ولولم يختلف حال الجناني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء كما ذكر في الكتاب في صورة تحويل الديوان من الكوفة الى البصرة من قبل وان كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشترى كوا في حكم الجنابة قبل القضاء وبعده كما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وبعده أخذ البعض منهم ضم اليهم أقرب القبائل نسباً وقد تقدم وقوله (الا فيما سبق أدائه) استثناء من قوله اشترى كوا يعني لا يشترى كوا في نفسه بل يقع ذلك من الذين أدوا قبل ضم أقرب القبائل اليهم

هو التوصية ومنه قوله تعالى حين الوصية ثم سمي الموصي به وصية ومنه قوله تعالى من بعد وصية
توصون بها وفي الشريعة تعليق مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الاعيان
أو في المنافع كذا في عامة الشروح قال بعض المتأخرين ثم الوصية والتوصية وكذا الايصاء في اللغة
طلب فعل من غيره ليفعله في غيبته حال حياته أو بعد وفاته وفي الشريعة تعليق مضاف الى ما بعد
الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة هذا هو التعريف المذکور في عامة الكتب والوصية بهذا
المعنى هي المحكوم عليها بانها مستحبة غير واجبة وان القياس يأبى جوازها فعلى هذا يكون بعض
المسائل مثل مسئلة الوصية بحقوق الله تعالى وحقوق العباد والمسائل المتعلقة بالموصى مذكورة في
كتاب الوصايا بطريق التطفل لكن التحقيق أن هذه الالفاظ كما أن موضوعا وعنة في الشرع للمعنى
المذکور موضوعا فيه أيضا لطلب شيء من غيره ليفعله بعد مماته فقط نقل هذا عن مبسوط شيخ الاسلام
خواجه زاده لكن بشرط استعمال لفظ الايصاء باللام في المعنى الاول وبأبى في المعنى الثاني فينبغي ان يكون
ذكر المسائل المذكورة على أنهم من فروع المعنى الثاني لا على سبيل التطفل الى هذا لفظه أقول ما عده
محققه فاليس شيء أما أولا فلأن التي تكون من فروع المعنى الثاني من المسائل المذكورة إنما هي
المسائل المتعلقة بالموصى دون مسائل الوصية المتعلقة بحقوق الله تعالى وحقوق العباد فان استعمال
لفظ الايصاء فيها باللام لا بأبى يقال أوصى لحقوق الله تعالى أو لحقوق العباد ولا يقال أوصى اليها كما
لا يخفى فبقي أمر التطفل في حق تلك المسائل من المسائل التي ذكرها من قبل اذ لم يشملها شيء من المعنيين
المذکورين قط وأما ثانيا فلأن مسائل التبرعات الواقعة من الانسان في مرض موته بطريق التحيز
مذكورة أيضا في كتاب الوصايا ومنها باب العتق في المرض كما ينبغي وفي الكتاب ولا ريب في عدم شمول
شيء من المعنيين المذکورين شيء من تلك المسائل فبقي أمر التطفل في حق تلك المسائل كلها بالنظر
الى ذنبك المعنيين معا فمن أين كان ارتكاب جمعها في لفظ واحد بنا ويل بعيد مع عدم عموم المشترك عندنا
حقيقا بان بعد تحقيقا كما زعمه ذلك القائل ثم أقول الوجه في التفصيص عن أمر التطفل في حق المسائل
التي ذكرها ذلك القائل حل معنى الوصية شريعة على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما بيان
معنى الوصية فالوصية اسم لما أوجبه الموصى في ماله بعد موته ويقرب منه ما ذكره صاحب الوقاية
حيث قال هي إيجاب بعد الموت فانه ما يشمل تلك المسائل جملة كما لا يخفى على المتأمل والوجه في
التفصيص عن أمر التطفل في حق مسائل كتاب الوصايا كلها من المعلقات والمنجزات حل معنى الوصية
شريعة على ما نقله صاحب النهاية عن الايضاح حيث قال ذكر في الايضاح الوصية ما أوجبه الموصى
في ماله بعد موته أو مرضه الذي مات فيه انتهى فانه يشمل جميع ما ذكر في كتاب الوصايا كما لا يخفى على ذي
مسكة ثم إن سبب الوصية سبب سائر التبرعات وهو ارادة تحصيل ذكر الخير في الدنيا ووصول الدرجات
العالية في العقب وشراؤها كون الموصى أهلا للتبرع وأن لا يكون مديونا وكون الموصى له حياة وقت
الوصية وان لم يكن مولودا حتى اذا أوصى للجنين اذا كان موجودا حيا عند الوصية بهج والافلا وانما
تعرف حياته في ذلك الوقت بان ولد قبل ستة أشهر حيا وكونه أجنبيا حتى ان الوصية للوارث لا تجوز
الا بإجازة الورثة وأن لا يكون فان لا وكون الموصى به شيئا قابلا للتعليم من الغير بعد من العقود حال
حياة الموصى سواء كان موجودا في الحال أو معدوما وأن يكون عقدا رثلث حتى انه لا تصح فيما زاد
على الثلث كذا في النهاية وفي العناية أيضا بطريق الاجمال أقول فيه قصور بل خلل أما أولا فلانه
جعل من شرائطها أن لا يكون الموصى مديونا بدون التقيد بان يكون الدين مستغفرا لتركه والشرط
عدم هذا الدين المقيد دون عدم الدين المطلق كما صرح به في البدائع وغيره وأما ثانيا فلانه جعل من
شرائطها كون الموصى له حياة وقت الوصية والشرط كونه موجودا وقت الوصية لا كونه حيا فيه

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

أراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة لأن آخر أحوال الأدي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنائز والديات لما أن الجنابة قد تفضي إلى الموت الذي وقته وقت الوصية والوصية اسم يعنى المصدر ثم سمى الموصى به وصية وهي في الشريعة تعليق مضاف إلى ما بعد الموت بطريق (٤١٧) التبرع وسيبها سبب التبرعات وشرائطها

كون الموصى أهلا

للتبرع وأن لا يكون مدبونا
وكون الموصى له حيا وقت
الوصية وإن لم يولد وأجنبيا
عن الميراث وأن لا يكون
قاتلا وكون الموصى به
بعد موت الموصى شيئا
قابلا للتملك من الغير
يعتد من العقود حال حياة
الموصى سواء كان موجودا
في الحال أو معدوما وأن
يكون بمقدار الثلث وركنها
أن يقول أوصيت بكذا
لفلان وما يجري مجرا من
الالفاظ المستعملة فيها وأما
حكم الوصية ففي حق
الموصى له أن يملك الموصى
به مملكا جديدا كافي الهبة
وفي حق الموصى إقامة
الموصى له فيما أوصى به
مقام نفسه كالوارث وصفها
ماد كره

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز
من ذلك وما يستحب منه وما
يكون رجوعا عنه

(قوله وسيبها سبب التبرعات)
أقول وهو طلب زيادة
الزنى في العقبى كما مر في
الوقف (قوله وشرائطها
كون الموصى أهلا للتبرع

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

ألا يرى أنهم جعلوا الدليل عليه الولادة قبل ستة أشهر حيا وتلك انما تدل على وجود الجنين وقت الوصية لأعلى حياته في ذلك الوقت كما لا يخفى على العارف بأحوال الجنين في الرحم وبأقل مدة الحمل وعن هذا كان المذكور في عامة المعبرات عند بيان هذا الشرط أن يكون الموصى له موجودا وقت الوصية بدون ذكر قيد الحياة أصلا وأما ثالثا فلأنه جعل من شرائطها أن يكون الموصى به بمقدار الثلث لازما إذا غلبه وهو ليس بسديد على إطلاقه فان الموصى اذا ترك ورثة فأعفا لا تصح وصيته بما زاد على الثلث ان لم تجز الوارثة وإن أجازوه صح وصيته به وأما اذا لم يترك وارثا فتصح وصيته بما زاد على الثلث حتى بجميع ماله عندنا كما تقر في موضعه فلا بد من التقييد مرتين مرة بأن يكون له وارث وأخرى بأن لا يجزى الوارث

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

قال بعض المتأخرين في حل هذا التركيب أي ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه وما لا يستحب وقال ثم ظاهر الابدال بقيد أن المراد ببيان صفة الوصية بيان ما يجوز منه وما يستحب منه لكنه الظاهر كما صرحوا به أن المراد به ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة فالأولى إرادته بالواو العاطفة انتهى أقول فيه خلل فاحش أما أولا فلأنه سلك مسلك التقدير في قول المصنف ما يجوز من ذلك وما يستحب منه حيث قال أي ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه وما لا يستحب ولا يذهب عليك أن ذلك التقدير انصح في قوله ما يجوز من ذلك لا يصح في قوله وما يستحب منه إذ ليس في جنس الوصية ما يختص عن الجواز وعدمه لكونهما تقيضين لا يرتفعان عن شيء فلم يبق من جنس الوصية شيء يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز حتى يصلح ذلك لأن يذكرا بعدهما فان قيد كل واحد منهما بشيء يخرج منه ما يستحب منه لا يبقى من ذلك شيء يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه حتى يندرج فيما لا يستحب منه فيصح تقديره لا يقال المراد بالجواز تساوي الطرفين وعدم الجواز عدم صحة طرف الفعل أصلا لا مجرد رفع التساوي حتى يكونا من قبيل التقيضين فيبقى الاستحباب والوجوب واسطة بينهما ويجوز أن يكون المراد بما لا يستحب منه ما هو الواجب منه لا أن نقول نفي الاستحباب بم الجواز والوجوب وعدم صحة طرف الفعل أصلا فنأين يدل ما لا يستحب منه على ما هو الواجب منه فقط حتى يجوز أن يراد به ذلك ولتناسل جواز إرادته ذلك به فيفسد معنى المقام إذ يلزم حينئذ أن يدرج في عنوان الباب ما هو الواجب من الوصية فمخالف ما ذكره في أول الباب من أن الوصية غير واجبة وهي مستحبة وبالجملة لم يوجد لها ارتكبه محل صحيح قط فالصواب أن لا تقدير في شيء من كلام المصنف ههنا فان صفات الوصية الشرعية هي الجواز والاستحباب والرجوع عنها أي كونهما رجوعا عنها وهذه الصفات كلها حاصلة بما ذكره في عنوان الباب صراحة فلا حاجة إلى تقدير شيء أصلا حتى عدم الجواز فانه صفة للوصية الغير الشرعية وعنوان الباب انما كان في صفة الوصية الشرعية نعم قد يذكر في أثناء مسائل الباب ما لا يجوز من الوصايا لكن لأجل إزالة أن ينوهم كونه من الوصايا بالجارثة الشرعية لانه مقصود بالبيان بالذات كما هو الحال في مسائل ما مر

(٥٣ - تكمله ثامن)

وأن لا يكون مدبونا) أقول أي دينامستغرقا في كنه (قوله وأجنبيا عن للبرات) أقول أي وقت الموت (قوله وأن لا يكون قاتلا) أقول قال في البدائع وأن لا يكون حريا غير مستأمن فان كان لا تصح الوصية له من مسلم أو ذمي

قال (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) والقياس بأبي جوازها لانه تعليق مضاف الى حال زوال مالكيتها ولو اضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى الا أنا استحسانا لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بأمله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف اليات يحتاج الى تلافى بعض ما فرط منه من التقريب بماله على وجه لومضى فيه يتحقق مقصده المالى ولو أنهضه البره بصرفه الى مطلبه الحالى وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيناه

الكتب وأما ثانياً فلان قوله لكن الظاهر كما صرحوا به أن المراد ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ليس بسديد اذ لا نسلم أن الظاهر ذلك ولا نسلم أن أحداً سواه صرح به وانما الذى صرحوا به أن صفة الوصية في الشرع ما ذكره المصنف بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة لأن مراد المصنف بالصفة في قوله باب في صفة الوصية هو الذى ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ألا يرى أنهم هم انما ذكره وأما صرحوا به عند بيان متعلقات الوصية من سببها وشرايطها وركبها وحكمها وحفظها لا عند شرح قول المصنف باب في صفة الوصية الخ وكم بين المقامين وأما ثالثاً فلان قوله كالأولى ايراده بالواو العاطفة لا يكاد يصح اذ لو أورده المصنف بالواو العاطفة على فرض أن يكون المراد بالصفة في قوله باب في صفة الوصية ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة كما زعمه القائل لصار من الكلام باب في صفة الوصية أى فيما يستحب منها وفيما يجوز من ذلك وما يستحب منه فيصير قوله وما يستحب منه لغوا من الكلام لكونه تكراراً محضاً فكان هذا القائل نسي قول المصنف وما يستحب منه عند كتب قوله فالأولى ايراده بالواو العاطفة ولا يمرى انه عجيب من مثله (قوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة) أقول الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقاً لا يتناسب ما مر أن تنافي عنوان الباب من قوله ما يجوز من ذلك وما يستحب منه ولا ما سبأ في الكتاب من أن الوصية بالثالث لا يجتبي جائزة وبدون الثالث مستحبة ان كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم وان كانوا فقراء لا يستغنون بما يرثون فترك الوصية أولى فكان الظاهر أن يقال الوصية غير واجبة بل هي مستحبة أو جائزة اللهم إلا أن يوجه قوله وهي مستحبة بأن المراد به أن غاية أمرها الاستحباب دون الوجوب لأنهم استحبوا على الإطلاق فكانه قال انها لا تصل الى مرتبة الوجوب بل قصارى أمرها الاستحباب لكن يرد عليه النقض بالوصية لحقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة والصوم والحج التى فرط فيها اذ الظاهر أنها واجبة كما صرح به الامام الزبلى في التبيين قال في العناية أخذنا من النهاية قوله غير واجبة ردنا قول من يقول ان الوصية للوالدين والاقرين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسار قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان تتركوا خيرا الوصية للوالدين والاقرين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نقي الوجوب لجواز الاباحة قال وهي مستحبة انتهى أقول في قوله غير واجبة ردنا قول من يقول ان الوصية للوالدين والاقرين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض غير الواجب عندنا اذا الفرض ثابت بدليل قطعي والواجب ثابت بدليل ظني كما تقر في علم الاصول فلا يلزم من كون الوصية غير واجبة كونها غير فرض فكيف يحصل الرد بقوله الوصية غير واجبة لقول من يقول انها فرض في حق الوالدين والاقرين بل الظاهر أن الرد لقول ذلك انما يحصل بقوله وهي مستحبة ثم ان في أسلوب تحريرهم سماجة ظاهرة اذ الظاهر من تأخير قوله لقوله تعالى كتب عليكم الخ عن مجموع القولين أن تكون الآية المذكورة دليلاً عليه ما بل المتبادر أن تكون دليلاً على قرينها ولا يخفى أنها لا تصلح لأن تكون دليلاً على القول الثانی وصاحب النهاية وان شاركه في تأخير ذكر الدليل المذكور عن مجموع القولين المزبورين الا أنه ذكر دليلاً آخر

بقوله (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) فقولته غير واجبة ردنا قول من يقول ان الوصية للوالدين والاقرين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسار قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان تتركوا خيراً الوصية للوالدين والاقرين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نقي الوجوب لجواز الاباحة قال وهي مستحبة والقياس بأبي جوازها لانه تعليق مضاف الى حال زوال مالكيتها ولو اضافه الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلاً فهذا أولى الا أنا استحساناً لحاجة الناس اليها الى آخر ما ذكر في الكتاب وقوله (ومثله في الاجارة بيناه) في أنها عقد بأبي القياس جوازها لكونها مضافة الى زمان في المستقبل وكان جوازه بالاستحسان لحاجة الناس اليه

(قوله اذا كانوا ممن لا يرثون) أقول بسبب الكفر والرق

وقوله (وقد تبقى المالكية بعد الموت) جواب عن وجه القياس وقوله (وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين إلى آخر ما ذكر) بيان لوجه الاستحسان وقد استدل أبو بكر الرازي رحمه الله على نسخ قوله تعالى كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت بهذه الآية وقد ذكره الإمام المحقق خراساني في أصوله وقررناه في التقرير بأن الله تعالى رتب الموارث على وصية منكرة والوصية الأولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك (٤١٩) الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه

الوصية عليها وبين بأن هذا المقدار بعد المقدار المفروض لأن المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أي وصية كانت نصيبها ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة وإذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا وكذا في غير الإسلام وجه آخر وقد قررنا في التقرير واستدلناه بالسنة ظاهر وقوله (وعليه) أي على جواز الوصية (اجماع الامية) وقوله (للمارونية) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام بثلاث أموالكم من غير تقييد بإجازة وقوله (وسنين ما هو الا فضل فيه) أي في فعل الوصية أو في قدر الوصية

(قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية) أقول لعل هنا سهوا والعبارة الصحيحة لرتبها عليها (قوله بل بعد أي وصية كانت نصيبها) أقول ولنا فيه بحث فإن

وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين والسنة وهو قول النبي عليه السلام إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعماركم تضعونها حيث شئتم أو قال حيث أحببتم وعليه إجماع الامية ثم تصح للإجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لما روينا وسنين ما هو الا فضل فيه أن شاء الله تعالى

بعد من السنة حيث قال وقال عليه السلام لا يحمل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر إذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عند رأسه انتهى بخار أن يجعل الدليل الأول دليلا على القول الأول والدليل الثاني على القول الثاني بطريق التوزيع على اللف والنشر المرتب وأما صاحب الغاية فقد قصر الذكرك على دليل واحد فقصر ثم اعلم أن الجواب عن كل واحد من دليلي الخصمين مستقصى ومستوفى في النهاية وغيرها فلا علينا أن لا نذكر ههنا (قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين) قال صاحب العناية قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس واقتضى أثره الشارح العيني أقول فيه بحث اذ لا يصلح الجواب عن وجه القياس المذكور بمجرد بقاء المالكية بعد الموت فإنه قال في وجه القياس ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى فاللازم من بقاء المالكية بعد الموت انتفاء أولوية البطلان لا انتفاء نفس البطلان فلا يجدي نفعا اللهم إلا أن يتمحل بأن يقال معنى كونه جوابا عن وجه القياس مجرد تضمنه قدح مقدمة مذكورة فيه وهي قوله لانه تعليق مضاف إلى حال زوال مالكيته لا كونه جوابا قاطعا عن عرقه والوجه أن يكون هذا الكلام مجرد تقييد لوجه الاستحسان فانه لما كان في تجوز تعليق مضاف إلى حال زوال المالكية نوع استبعاد ليكون التعليق فرع بقاء الملك تدارك دفعه بأن قال إن المالكية لا تزول عن الإنسان بالموت بل تبقى مالكيته بعده في حق ما يحتاج إليه كما في قدر التجهيز والدين ومنه الوصية بقدر الثلث (قوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين) قال صاحب العناية وقد استدل أبو بكر الرازي على نسخ قوله تعالى كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن نزل خبر الوصية للوالدين والافريقين بهذه الآية وقد ذكره الإمام المحقق خراساني في أصوله وقد قررناه في التقرير بأن الله تعالى رتب الموارث على وصية منكرة والوصية الأولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها وبين بأن هذا المقدار بعد المقدار المفروض لأن المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أي وصية كانت نصيبها ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة وإذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا انتهى أقول يرد عليه أن هذا لا يدل على أن الوصية الأولى لم تبق لازمة فإن الموارث وإن لم ترتب في هذه الآية على الوصية الأولى المعهودة لكنها رتب على وصية مطلقة حيث قبل من بعد وصية يوصي بها فدخلت تلك الوصية الأولى أيضا تحت إطلاق هذه الوصية المنكرة فمن أين يلزم انتفاء

دلالة ما ذكره على عدم بقاء لزوم الوصية المفروضة ممنوعة وانما دلالة على أن تأخير الميراث ليس عن الوصية المفروضة فقط بل هو متأخر عنها عن غيرها أيضا وإن وجدت كيف ولو رتب الميراث على الوصية المفروضة لم يدل الكلام على تأخير الميراث عن الوصية بالتبرعات مع أنه مقصود وعليك بالتأمل

قال (ولا تجوز بما زاد على الثلث) لقول النبي عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه
الثلث والثلث كثير بعدما نقي وصيته بالكل والنصف

(ولا تجوز بما زاد على الثلث)
لقوله عليه السلام في
حديث سعد بن أبي وقاص
وهو ما روى محمد بن الحسن
رحمه الله في كتاب الآثار
قال أخبرنا أبو خنيفة قال
حدثنا عطاء بن السائب
عن أبيه عن سعد بن أبي
وقاص قال دخل النبي صلى
الله عليه وسلم يعودني فقلت
يا رسول الله أفأوصي بمالي
كله قال لا فقلت فبالنصف
قال لا قلت فبالثلث قال
الثلث والثلث كثير لا تدع
أهلك يتسكفون الناس
وفي صحيح البخاري أنك أن
تدع ورثتك أغنياء خير من
أن تدعهم عالة يتسكفون
الناس

(قول المصنف ولا تجوز بما زاد
على الثلث لقوله عليه الصلاة
والسلام في حديث سعد
الثلث والثلث كثير) أقول
قال النوراني يجوز رفع الثلث
ونصبه فالرفع على أنه فاعل
أي يكفيل الثلث أو على أنه
مبتدأ محذوف الخبر أو
عكسه والنصب على الأغراء
أو على تقدير أعط الثلث

وجوب الوصية الأولى حتى يلزم انتساح الآية الأولى بهذه الآية وفائدة ترتيب الموارث على الوصية
المطلقة دون الوصية الأولى المعهودة فقط أفادة تأخر الموارث عن الوصية الشرعية أيضا كما هو المذهب
في مقدار الثلث وعن هذا أورد القاضي البيضاوي في تفسير الآية الأولى على من قال كان هذا
الحكم في بدء الإسلام فتسبح بآية الموارث بان قال فيه نظر لأن آية الموارث لا تعارضه بل تؤكد من
حيث أنها تدل على تقديم الوصية مطلقا انتهى ثم إن بعض الفضلاء رد قول صاحب العناية لترتب
هذه الوصية عليها في قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لترتب هذه الوصية عليها حيث قال
ولعل هنا سهوا والعبارة الصحيحة لترتبها عليها انتهى أقول إنما الساهي نفسه لأن مراد صاحب
العناية بهذه الوصية في قوله لترتب هذه الوصية هو الميراث ومراده بالوصية هنا وصية الله تعالى
لا وصية العباد كما في قوله تلك الوصية وإنما عبر عن الميراث بالوصية تأسياب كلام الله تعالى فإنه تعالى
قال في أول آية الموارث يوصيكم الله في أولادكم وقال المفسرون أي يأمركم ويعهد إليكم في شأن
ميراثهم ثم قال تعالى في آخر تلك الآية وصية من الله فلم يكن في العبارة للذ كورسهو بل كان فيها
لطافة وحسن (قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص
رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعدما نقي وصيته بالكل والنصف) قال بعض المتأخرين يعني أن
هذا الحديث دل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة وقوله عليه الصلاة والسلام
إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم الخ وإن دل عليه أيضا لانه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف
القياس فيبقى ما فوقه على الأصل لكن لا بطريق الصراحة ولهذا استدلل عليه بهذا دون ذلك انتهى
أقول ليس هذا بسيدي إذا لا يخفى عليك أن قوله عليه الصلاة والسلام إن الله تصدق عليكم بثلث
أموالكم الخ لا يدل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة وهو ظاهر ولا دلالة لأن مفهوم
المخالفة غير مبرر عندنا كما عرف وإنما يدل على جواز الوصية بالثلث فجواز الوصية بما زاد على الثلث
وعدم جوازها مسكوت عنهما بالنظر إلى ذلك الحديث فلا معنى لقوله وقوله عليه السلام إن الله تصدق
عليكم بثلث أموالكم الخ وإن دل عليه أيضا ولا وجه لتعليل ذلك بقوله لانه دل على جواز الوصية بالثلث
على خلاف القياس فيبقى ما فوقه على الأصل فإن بقا ما فوقه على أصل القياس ليس بدلول ذلك الحديث
أصلا وإنما هو مقتضى القياس فلا مجال للاستدلال على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بذلك
الحديث وقال ذلك البعض الآن لقائل أن يقول نقي جواز الوصية بالكل والنصف وأثبت جوازها
بالثلث لا يدل صراحة على نقي جوازها بما بين النصف والثلث فالرجوع إلى الأصل في هذا المقدار
ضروري في الاستدلال بحديث سعد أيضا انتهى أقول هذا أيضا ليس بنام لأن نقي جواز
الوصية بالكل والنصف وأثبت جوازها بالثلث وإن لم يدل على نقي جوازها بما بين النصف والثلث الآن
قوله عليه السلام والثلث كثير بعد أثبات جوازها بالثلث بقوله الثلث بالنصب على تقدير أعط الثلث
أو أوصل الثلث أو بالرفع على أنه مبتدأ محذوف الخبر أي بالثلث كلف أو على أنه فاعل محذوف الفعل أي
يكفيل الثلث يدل على نقي الزيادة على الثلث فإن المراد به أن الثلث كثير لا يجوز التجاوز عنه إذا فائدة
في ذكر قوله والثلث كثير بعد قوله الثلث سوى نقي جواز التجاوز عن الثلث فيجعل عليه لا محالة وقد
أشار إليه المصنف في تقريره حيث قال لقوله عليه السلام في حديث سعد رضي الله عنه الثلث والثلث
كثير بعدما نقي وصيته بالكل والنصف ولم يقل لحديث سعد فقوله ذلك القائل فالرجوع إلى الأصل في هذا

ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به الآن
الشرع لم يظهره في حق الجانب بقدر الثلث ليتدارك نقصه على ما بيناه وأظهره في حق الورثة لان
الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم بخبرنا عما يتفق من الاشارة على ما بينه وقد جاء في الحديث الخفيف في
الوصية من أكبر الكبار وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال (الأن يجيزه الورثة
بعدموته وهم كبار) لان الامتناع لحقهم وهم أسقطوه (ولامعتبر باجازتهم في حال حياته) لانها
قبل ثبوت الحق اذ الحق ثبت عند الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد
ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه

المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد أيضاً ممنوع (قوله ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد
سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به) وأوضحه صاحب الكافي بان قال
ولانه انعقد سبب زوال أملاكه عنه الى غيره لان المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه
عنه ولو تحقق السبب لزال من كل وجه فاذا انعقدت ثبت ضرب حق انتهى أقول في هذا التعليل
قصور لانه انما يتشبه فيما اذا وقعت وصيته حال مرضه لا فيما اذا وقعت حال صحته اذ لا ينعقد سبب الزوال
اليهم في حال الصحة لعدم استغنائه عن ماله في حال صحته فلا توجب وصيته في تلك الحالة تعلق حقهم به
فالاولى في تعليل هذه المسئلة ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولان الوصية بالمال ايجاب الملك عند
الموت وعند الموت حق الورثة متعلق بماله الا في قدر الثلث فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن ابطال
حقهم وذلك لا يجوز من غير اجازتهم وسواء كانت وصيته في المرض أو في الصحة لان الوصية ايجاب
مضاف الى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام الى هنا لفظه تدبر (قوله الا أن يجيزه
الورثة بعدموته وهم كبار) استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث قال بعض المتأخرين في شرح
قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث أراد لا يجوز في حق الفضل على الثلث بل في حق الثلث فقط لانه
لا يجوز هذه الوصية أصلاً وقال هنا فان قلت كيف يجوز أعمال اللفظ الواحد في بعض مدلوله دون بعض
وبأي توجيه أمكن ذلك حتى جازت في الثلث وبطلت في الفضل ان ردوا قلت يجعله في حكم وصايا
متعددة بان يجعل مثلاً قوله أو صيت لفلان بثلاث مائة في قوة أو صيت له بثلاثة وثلاثة الاخر ويجعل قوله
أو صيت له بعشرة آلاف درهم وقد كان ثلث ماله ثمانية آلاف بمنزلة أن يقال أو صيت له بثمانية آلاف
وبالفن الى غير ذلك صيانة لكلام العاقل عن الغائه ما أمكن وحذر عن ابطال حق يمكن اثباته بعقد
صدر عن عاقل بلفظ يجوز تصحيجه بضرب من التأويل فتدبر فان هذا مما يهم فهمه انتهى أقول حسب
انه أي بأمرهم يتوقف عليه صحة معنى المقام ولم يدركه انما ارتكب شططا فان صحة بعض أجزاء شيء
واحد وفساد بعض آخر منه ليس بمستبعد لا بحسب العقل ولا بحسب الفقه الا يرى أنهم صرحوا بانه
اذا جمع بين عبد ومدر في بيع بصفة واحدة أو جمع بين عبد ومكاتب أو أم ولد فيه صح البيع في
العبد بحصته من الثمن وفسد فيما ضم اليه من المدر أو المكاتب أو أم الولد بناء على أن الفساد بقدر
الفساد فلا يتعدى الى الاخر وكذا الحال فيما اذا جمع بين الاجنبية وأختها في النكاح والمحدور بحسب
العقل انما يلزم أن لو كان محل الصحة والفساد واحداً وأما اذا كان متعدداً بان كان محل الصحة بعضاً
من شيء ذي أجزاء ومحل الفساد بعضاً آخر منه كما فيما نحن فيه فلا محذور فيه عقلاً أصلاً فلا وجه لجعل
وصية واحدة في حكم وصايا متعددة بلا أمر داع اليه وصيانة كلام العاقل عن الالغاء هما ما أمكن
والحذر عن ابطال حق يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل مما لا بدعوا اليه أصلاً فيما نحن فيه لان الغاء
الوصية فيما فضل عن الثلث اذا رد الورثة واثباتها في مقدار الثلث ضروري على مقتضى الشرع سواء
جعلت وصية بما زاد على الثلث بكلام واحد في حكم وصايا متعددة أو أقيمت على حالها الظاهرة من

وقوله (وهذا لانه) ظاهر
والضمير البارز في قوله لم
يظهره وأظهره للاستغناء
وقوله (تحرزاً عما يتفق من
الاشارة) أي احترازاً عما يوجد
من تأذي البعض وقطعية
الرحم بسبب اتيار البعض
على البعض (على ما بينه)
يعني عند قوله بعد هذا ولا
يجوز لوارثه وقد جاعل في
الحديث الخفيف في الوصية
روى بالحاء المهملة وسكون الياء
وهو الظلم وروى الخنف
بالجيم والنون المفتوحتين
وهو المبطل وقوله (الا أن
يجوز الورثة) استثناء من قوله
ولا يجوز بما زاد على الثلث
(قال المصنف وهذا لانه
انعقد سبب الزوال اليهم)
أقول فرق بين انعقاد السبب
وتحققه كما يعلم من الكافي
حيث قال لا لأن المرض
سبب الموت وبالموت يزول
ملكه لاستغنائه عنه ولو
تحقق السبب لزال من كل وجه
فاذا انعقد ثبت ضرب حق
انتهى وفي مباحث العلة من
كتب الاصول ان المرض
علة تشبه الاسباب

وقوله (لان الساقط متلاش) دليل قوله فكان (٤٣٣) لهم أن يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم

مصادفتها محلا والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة الموصي فان قيل لان سلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر أنها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعدموت المورث بسبب الاستناد أجاب بقوله (غاية الامر) يعني أن حقهم وان استند الى أول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كافي العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكتبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان فان الملك ثبت فيه مستندا الى أول العقد والغصب (وهذا) يعني ما نحن فيه من الاجازة (قد مضى وتلاشى) حين وقع اذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد وقوله (ولان الحقيقة) دليل آخر تقريره حقيقة الملك للورث تثبت عند الموت لا قبله وانما ثبت قبله مجرد حق الملك

(قال المصنف ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق) أقول ظاهره مخالف لما سبق أنقامن قوله اذ الحق ثبت عند الموت الآن

لان الساقط متلاش غاية الامر أنه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق

كلامه وبالجملة ما ذهب اليه ذلك البعض هنا أمر وهمي لا أصل له كما ترى (قوله لان الساقط متلاش) قال الشراح قاطبة قول المصنف هذا تعليل لقوله فكان لهم أن يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة المورث انتهى أقول فيه اشكال أما أولا فلانه لا وجه لان يقال ان اجازتهم في حال حياة المورث ساقطة لان اجازتهم في ذلك الوقت غير معتبرة أصلا كما صرح به فيما قبل وبينه والسقوط انما يستعمل فيما له ثبوت واعتبار في الاصل لكن زال ذلك لداع الأبرى أنه لا يقال سقط حق غير الوارث عن مال المورث بل يقال لم يتعلق به حقه أصلا وأما ثانيا فلانه يلزم الفصل بين المدعى ودليله على تقدير كونه قوله المدعى كونه تعليلا لما ذكره بمسئلة أخرى مع دليلها وهي قوله بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه ولا يخفى ركا كنهه وبعد عن شأن المصنف والحق عندى أن قول المصنف هذا تعليل لقوله قبله فليس لهم أن يرجعوا عنه يعني أن اجازتهم بعد الموت اسقاط لحقهم بعد ثبوته والساقط متلاش لا يعود فلم يتيسر لهم الرجوع عنه فينبذ بتنظيم اللفظ والمعنى كما لا يخفى (قوله غاية الامر أنه يستند عند الاجازة) وفي بعض النسخ عند الاستغناء (لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى) هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التقرير وهي أن حق الورثة وان ثبت عند الموت الا أنه يستند الى أول المرض فبالموت يظهر أن حقهم كان ثابتا قبل الموت فينبغي أن نصير اجازتهم في حال حياة المورث بمنزلة اجازتهم بعد موته بسبب الاستناد فأجاب بأن الاستناد انما يظهر في حق القائم كافي العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة فأنصح اذا كان المعقود عليه قائما وكتبوت الملك في المعصوب عند أداء الضمان وهذا أى ما نحن فيه من الاجازة في حال حياة المورث قد مضى وتلاشى لكونه لغوا وقتئذ فلم يكن قائما فلا يظهر في حقه الاستناد هذا خلاصة ما في عامة الشروح والى هذا التقرير بأشارت في الاسلام في مبسوطه كما فصل في النهاية وقال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا فان قيل لان سلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر أنها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعدموت المورث بسبب الاستناد أجاب بقوله غاية الامر يعني أن حقهم وان استند الى أول المرض ~~لكن~~ الاستناد يظهر في حق القائم يعني كافي العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكتبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان فان الملك ثبت فيه مستندا الى أول العقد والغصب وهذا يعني ما نحن فيه من الاجازة قد مضى وتلاشى حين وقع اذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد انتهى أقول فيه خلل فانه قال في أول تقرير السؤال لان سلم عدم مصادفة المحل واستند الى منع ذلك بقوله فان حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع من التصرف في الثلثين وقال في آخر تقرير الجواب تعليلا لقول المصنف وهذا قد مضى وتلاشى اذ لم يصادف محله وعدم مصادفته المحل هو الذي قد كان منع في أول السؤال فتم الجواب به مصادرة كما لا يخفى (قوله ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق) قال بعض الفضلاء ظاهره مخالف لما سبق أنقامن قوله اذ الحق ثبت عند الموت الآن المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى انتهى أقول منشأ توهم المخالفة الغفول عن قيد مجرد في قول المصنف وقبله يثبت مجرد الحق فان المراد به الحق الذي لا يجمع الحقيقة وهو الحق الذي يمنع تصرف المورث في الثلثين قبل موته كما تقرير من قبل في تعليل عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بقوله ولانه حق الورثة

(فلواستند) ملكه الى أول المرض (من كل وجهه لانقلب الحق حقيقة) وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت وانما قيد بقوله من كل وجه دفعاً لوهم من يقول حق الوارث يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضاً ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضاً لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر فان قيل الوارث اذا عفا عن جرح أبيه قبل موت أبيه فانه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين اما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة واما أن لا يكون هذا القلب مانعاً أجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت (٤٣٣) ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لوانقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فحين بين أمرين

الامان ينطّل العفو عن الجرح نظراً الى عدم الحقيقة واما أن نجيز الاجازة نظراً الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لأحدهما فقلنا لا تجوز الاجازة نظراً الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظراً الى وجود الحق ولم نعكس لكون العفو مطلوب الحصول وقوله (والرضا بطلان الحق لا يكون رضا بطلان الحقيقة) جواب عما يقال الاجازة اسقاط من الوارث لحقه برضاه فكان كسائر الاسقاطات وفيه لارجوع فكذا في وجهه انه قد عرف أن ثمة حقاً وحقيقة وانما رضى بطلان الحق لا يبطّل لان الحقيقة لان الرضا بطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب وقوله (وكذا ان كانت الوصية للوارث) ظاهر

(قال المصنف فلواستند من

فلواستند من كل وجهه يتقلب حقيقة قبله والرضا بطلان الحق لا يكون رضا بطلان الحقيقة وكذا ان كانت الوصية للوارث واجازة البقية في حكمه ما ذكرناه

الى آخره والمراد بالحق في قوله فيما سبق انتفاء الحق ثبت عند الموت هو الحق المجامع للحقيقة فلا مخالفة أصلاً واما الحق الثابت بطريق الاستناد فانما يتصور عند الموت اكون الاستناد فرع تحقق حقيقة الملك التي تثبت عند الموت فلا حاجة الى أن يحمل على ذلك قول المصنف وقوله ثبت مجرد الحق بل لا وجه له بالنظر الى ربط ما بعده به كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله فلواستند من كل وجهه لانقلب حقيقة قبله) يعني لواستند ملك الورثة الى أول المرض من كل وجهه لانقلب الحق حقيقة قبل الموت وذلك باطل لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت قال صاحب العناية وانما قيد بقوله من كل وجهه دفعاً لوهم من يقول حق الورثة يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضاً ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضاً لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر انتهى أقول لما منع أن يمنع استلزام أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضاً انقلب الحق حقيقة أصلاً فضلاً عن استلزامه انقلابه ايها من كل وجهه لجواز أن يظهر أثر ذلك التعلق مجرد تعلق حقهم بمال المورث من أول المرض في كلا الأمرين معابدون أن يتقلب الحق حقيقة أصلاً اذ لا ريب أن لزوم ذلك الانقلاب ليس بيدهي ولم يقم عليه برهان ولهذا وقع على اعتبار اجازتهم قبل الموت أيضاً اجتهاد مالك وابن أبي ليلى والزهري والاوزاعي وعطاء وغيرهم كما ذكرنا ثم قال صاحب العناية فان قيل الوارث اذا عفا عن جرح أبيه قبل موت أبيه فانه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين اما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجهه قلب الحق حقيقة واما أن لا يكون هذا القلب مانعاً أجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لوانقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فحين بين أمرين اما أن ينطّل العفو عن الجرح نظراً الى عدم الحقيقة واما أن نجيز الاجازة نظراً الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لأحدهما فقلنا لا تجوز الاجازة نظراً الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظراً الى وجود الحق ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول انتهى أقول فيه خلل لان قوله فحين بين أمرين الخ مفترعاً على ما قبله ليس بسديد اما أولاً فلان قوله واما أن نجيز الاجازة نظراً الى وجود الحق مما لا مجال له بعد أن قرر فيما قبل ان ذلك يستلزم انقلاب الحق حقيقة وأن انقلاب الحق حقيقة مانع

كل وجهه) أقول لو حذف هذه الشرطية واكتفى بقوله والرضا بطلان الحقيقة الخ كافي الكافي لكان له وجه (قال المصنف يتقلب حقيقة قبله) أقول في الملازمة كلام (قوله فلواستند الى أول المرض) أقول فيه بحث (قوله فان قيل الوارث اذا عفا عن جرح أبيه) أقول أي جرح خطأ (قوله واما أن لا يكون هذا القلب مانعاً) أقول الاولى واما أن لا يصلح هذا العفو أو تبديل ما تعاقبه باطلاً فامل فان لما في الكتاب وجهاً ظاهراً ثم قوله هذا القلب يعني لزوم القلب وقوله مانعاً يعني عن صحة الاجازة (قوله لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت) أقول وكذلك السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق ولذلك قال فحين بين أمرين الخ (قوله وفي ذلك ابطال أحدهما) أقول يعني الحقيقة

وقوله (وكل ما جاز باجازه الوارث يملكه المجاز له من قبل الموصي) ذكره تقريراً على مسألة القدوري وجه قول الشافعي رحمه الله أن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكاً للوارث لأن الميراث يثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد بغيره فاجازته تكون انخراجه عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم الا بالقبض ولنا أن الموصي (٤٣٤) صدر منه السبب وكل من صدر منه السبب يثبت منه الملك وكل ذلك ظاهر فالمراد

له يملك من الموصي وقوله (والاجازة رفع المانع) جواب عن جعل الاجازة انخراجه عن الملك يعني أن الاجازة ليست بسبب للخروج عن الملك وانما هو رفع للمانع وقوله (وليس من شرطه القبض) رد لكونها هبة فكأنه يقول لو كان هبة لكان القبض شرطاً وهو ممنوع فصار ما نحن فيه كالميراث اذا أجاز بيع الرهن في كون السبب صدر من الراهن والملك للمشتري يثبت من قبله فاجازة الميراث رفع المانع وعدور مرض بان الوارث ان أجاز الوصية في مرض موته كان من ثلث ماله وذلك يدل على كونه مالاً كافياً يكون التملك من جهته وأجيب بان الوارث كان له حق أسقطه بالاجازة واسقاط الحقوق المالية معتبر من الثلث وان لم يكن تملكاً كالعتق والفائدة تظهر فيما اذا أجاز في مشاع يحتمل القسمة فان الاجازة صحيحة ونصير ملكاً للموصي له قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم بعدها عندنا ولو كان

(وكل ما جاز باجازه الوارث يملكه المجاز له من قبل الموصي) عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث والصحيح قولنا لأن السبب صدر من الموصي والاجازة دفع المانع وليس من شرطه القبض فصار كالميراث اذا أجاز بيع الراهن قال (ولا تجوز للقاتل عامداً كان أو خاطئاً بعد أن كان مباشراً) لقوله عليه السلام لا وصية لقاتل

اذ لم يتحقق السبب لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وان السبب لم يتحقق في صورة الاجازة قبل الموت بناء على أن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت وأما تأييدنا فلأن قوله ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول غير تام لاقتضائه جواز العكس لولا كون العفو مطلوب الحصول مع أن ما قرره فيما قبل وما ذكر في الكتاب يمنعان جواز ذلك أصلاً وبالجملة لا مجال لربط قوله فحين بين أمرين الخ بما ذكره نفسه فيما قبله بل بما ذكر في الكتاب أيضاً فالوجه ترك ذلك والاكتفاء في الجواب عن النقض بصحة عفو الوارث عن جرح أبيه قبل موت أبيه بما ذكره قبله كما فعله صاحب النهاية ومراجع الدرية ثم ان بعض الفضلاء أورد على قوله لأن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت بان قال وكذا السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق وقال ولذلك قال فحين بين أمرين الخ انتهى أقول ليس شيء من كلامه يستقيم أما نقضه بالجرح فلأن الجرح فعل واحد صادر عن الجارح لا تكرره إلى أن يموت المجروح حتى يقال ان السبب هو الجرح المتصل بالموت بل انما السبب هو الجرح الواحد الصادر عن الجارح الا أنه يحتمل أن يكون قاتلاً وغير قاتل وبالموت يظهر أنه قاتل بخلاف المرض فانه حالة انفعالية تتكرر وتتجدد إلى الموت فالقاتل منها هي التي تتصل بالموت فهي السبب للموت فافترقا وأما قوله ولذلك قال فحين بين أمرين الخ فـ لا أن فاء التفريع تنافي ذلك كما لا يخفى على من له درية بأساليب الكلام (قوله وكل ما جاز باجازه الوارث يملكه المجاز له من قبل الموصي) عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث) قال صاحب النهاية والعناية وجه قول الشافعي ان بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكاً للوارث لأن الميراث يثبت للوارث من غير قبوله ولا يرتد بغيره فاجازته تكون انخراجه عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم الا بالقبض انتهى وهكذا ذكر في الكافي أيضاً أقول قد قصر وافي تقرير وجه قول الشافعي في مسئلتنا هذه حيث قيدوا المال الذي صار مملوكاً للوارث بنفس الموت بقدر الثلثين فلم يأن لا يتمشى فيما اذا كان ما أجاز الوارث أقل من قدر الثلث أو كان قدر الثلث كما في صورة اجازته الوصية لوارث أو قاتل بأقل من الثلث أو بالثلث فان الحكم في تلك الصورة أبيض داخل في كيسة مسئلتنا هذه مع عدم جريان ما ذكره من الدليل للشافعي فيها كما ترى فالاولى في بيان وجه الشافعي هنا ما ذكر في معراج الدراية من أن الشارع أبطل الوصية بما راد على الثلث والوارث والقاتل والاجازة لا يعمل في الباطل فتكون هبة مبتدأة لأنها تملك بلا عوض انتهى فانه نعم السبب ثم ان الصحيح في هذه المسئلة قولنا لما ذكر في الكتاب (قوله ولا تجوز للقاتل عامداً كان أو خاطئاً بعد أن كان مباشراً) لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل) أقول للقاتل أن يقول ان هذا الحديث مما يعارضه اطلاق قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين وعوم قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها

التمليك من جهة الوارث انعكست هذه الاحكام لكون الاجازة حينئذ هبة

ولاه

قال (ولا تجوز للقاتل عامداً كان أو خاطئاً الخ) لا تجوز الوصية لمباشرة القتل عامداً كان أو خاطئاً لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية للقاتل

(قوله وقوله وليس من شرطه القبض رد لكونها هبة) أقول كيف يكون رد الشافعي يقول بكون القبض من شرطه (قوله لانعكست هذه الاحكام) أقول كما عند الشافعي

(ولما استجمل ما أخره الله فيجزم الوصية بحرم الميراث) ورد بأن حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايضة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى بخاز القياس عليه والمشاكلة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم ولعل التفصي عن عهدته كونه قياسا على طريقته تعالى سريعا واولا وطريق الدلالة أسهل (وقال الشافعي رحمه الله تجوز الوصية للقاتل) مطلقا لأنه أجنبي منه فصحت له كما صحت لغيره (وعلى هذا الخلاف) بيننا وبينه (إذا أوصى لرجل ثم انه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا وعندنا لا تبطل (٢٥) والجهة عليه في الفصلين) يعني فيما إذا كان

القتل قبل الوصية أو بعدها (ما بيننا) يعني من الحديث فانه باطلا لانه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها ومن المعقول الذي ذكره واعترض عليه بأن ذلك صحيح إذا كان القتل بعد الوصية وأما إذا كان الجرح قبلها فلا استعجال عنه وأجيب بجعل الجرح مستعجلا وان تقدم جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الاسلام رحمه الله أن المعتبر في كون الموصى له قاتلا أو غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية فبالنظر الى وقت الموت كان القتل مؤخرا عن الوصية واعترض بنقض اجالي بأن ما ذكرتم لوصح بجميع مفدماته لما عتق المدبر اذا قتل مولاه لان التدبير وصية وهي لا تصح للقاتل وأجيب بان عتقه من حيث ان موته جعل شرطا لعتقه وقد وجد ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته لانه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد فبرد من حيث المعنى بأجيب السعاية (ولو أجازت الورثة

ولانه استجمل ما أخره الله تعالى فيجزم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل ثم انه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا وعندنا لا تبطل والجهة عليه في الفصلين ما بيننا (ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تجوز) لان جنابته باقية والامتناع لاجلها

حيث شئت أو قال حيث أحببت كما مر ثم ان هذا الحديث من قبيل أخبار الآحاد فلا يصلح أن يكون مقيدا لاطلاق الكتاب قط على ما عرف في أصول الفقه وان صلح أن يكون مخصصا لمعنى ذلك الحديث الآخر فاعلم بان تصور ذلك عند ثبوت تأخر ورود هذا الحديث عن ورود ذلك الحديث وهو ليس بثابت قط فاذا لم يعلم التاريخ يحمل على المقارنة فيلزم أن يتعارضوا وينساقط في حق الوصية للقاتل كما هو مقتضى قاعدة الأصول على ما عرف في محله فمن أين يتم الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز الوصية للقاتل قال في البدائع قال مالك تصح الوصية للقاتل وأجيب عما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره ثم قال ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا وصية لقاتل وهذا نص وروى أنه قال ليس لقاتل شيء ذكر النسي تكرر في محل النفي فيعم الميراث والوصية جميعا وبه تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية انتهى أقول ليت شعري من أين تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية ومن شرط التخصيص أن يكون المخصص متأخرا عن العام في الوجود وهو لم يثبت قط ولو ثبت تأخر هذا الحديث لم يصلح أن يكون مخصصا لكتاب الله تعالى لكونه خبرا واحدا ومن الدلائل المذكورة في أول الكتاب لجواز الوصية من غير فصل بين القاتل وغيره كتاب الله تعالى كما عرفته فكيف يكون القاتل مخصوصا منه (قوله ولانه استجمل ما أخره الله تعالى فيجزم الوصية كما يحرم الميراث) قال في العنابة ورد بأن حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايضة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى بخاز القياس عليه والمشاكلة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم انتهى أقول لا الردني ولا الجواب أما الأول فلان التعديل المذكور في الكتاب لا يدل على قياس الحرمان من الوصية مطلقا على الحرمان من الميراث حتى يرد بأن حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في صورتين المزبورتين بل انما يدل على قياس حرمان القاتل من الوصية على حرمانه من الميراث لعله الاستعجال بفعل محظور وهو القتل ولا شك أن هذه العلة غير متحققة في صورتي الرق واختلاف الدين فلا يجزى هذا القياس فيهما وأما الثاني فلان كون حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايضة الورثة مقاسمة قاتل مورثهم في تركته ممنوع كيف ولو كان الامر كذلك لحاز أن يرت القاتل عند حازة سائر الورثة اياه وتركهم المغايضة كما جازت الوصية له عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله إذا أجازها الورثة وليس كذلك كما صرحوا به وأيضالو كان الامر كذلك لزم أن لا يحرم القاتل عن الميراث اذا لم يكن

(٥٤ - تكملة ثامن) الوصية للقاتل جاز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يجوز لان جنابته باقية والامتناع لاجلها

(قال المصنف ولانه استجمل ما أخره الله تعالى فيجزم الوصية) أقول فيه تأمل فان هذا مذهب المعتزلة والاجل عندنا واحد والجواب أنا لا نقول العبد قطع عليه الاجل كما نقوله المعتزلة بل نقول كما قلنا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام الصدقة تزيد في العمر (قوله مقاسمة قاتل أبيهم) أقول مثلا (قوله وسألوك طريق الدلالة أسهل) أقول نعم لو ثبت شرط الدلالة وذلك محل نظر (قوله فبالنظر الى وقت الموت كان القتل مؤخرا عن وقت الوصية) أقول فيه تأمل

ولهما أن الامتناع لحق الورثة لأن نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولأنهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم قال (ولا تجوز لوارثه) لقوله عليه السلام إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ألا الوصية لوارث ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض في تجويزه قطعية الرحم

ولهما أن الامتناع لحق الورثة (الورثة) إلى آخر ما ذكر في الكتاب فإن قيل ما الفرق بينهما وبين الميراث إذا أجازت الورثة حيث صحت الوصية دون الميراث أجيب بأن الإجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فإنه من جهة الشرع لا يصنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد وقوله (ولأنهم لا يرضونها) أي الوصية للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم أي لأحد الورثة وفي الوصية لأحدهم أن أجازها البقية نفذت فكذا القاتل وقوله (ولا تجوز لوارثه) أي لوارث الموصي (لقوله عليه السلام إن الله أعطى كل ذي حق حقه ألا الوصية لوارث ولأنه يتأذى البعض) إلى آخر ما ذكر في الكتاب

لأنه يتأذى البعض بإيثار البعض في تجويزه قطعية الرحم لأن تول وارث غير القاتل وليس كذلك قطعا والحق أن سبب حرمان القاتل عن الميراث صدور جنابة عظيمة منه وهي القتل بغير حق فإنه يستدعي العقوبة بأبلغ الوجوه وقد جعلها الشرع حرمانه عن الميراث والقاتل الموصي له بشاركه في هذا المعنى بخلاف قياس حرمانه عن الوصية على حرمانه عن الميراث وإليه أشار المصنف بقوله ولأنه استعمل ما أخره الله تعالى يعني استعمله بارتكاب جنابة عظيمة فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقد صرح به صاحب البدائع حيث قال ولأن القتل بغير حق جنابة عظيمة فيستدعي الزجر بأبلغ الوجوه وحرمان الوصية يصلح زجرا كحرمان الميراث فيثبت انتهى ثم قال صاحب العناية ولعل التفصي عن عهدة كونه قياسا على طريقته منسجما على طريق الدلالة أسهل انتهى أقول فيه بحث لأن من شرط طريق الدلالة أن يكون المعنى الذي كان الحكم لأجله في المنطوق متحققا في الملحق بالدلالة بطريق الأولوية أو بالتساوي ونحو ذلك فيما نحن فيه بالطريق المذكور ممنوع على أصل أبي حنيفة ومحمد فإن المعنى المقتضي لحرمان القاتل عن الميراث لا يتغير ولا يتكسر بإجازة الورثة أصلا ولهاذا لا يرث القاتل سواء أجازته الورثة أو لم تجزها بخلاف المعنى المقتضي لحرمانه عن الوصية فإنه يتغير ويتكسر بإجازة الورثة عند أبي حنيفة ومحمد ولهذا تصح الوصية له عندهما إذا أجازتها الورثة كما استطاع عليه عن قريب فكان ذلك المعنى في حق الميراث أقوى منه في حق الوصية عندهما فلم يوجد شرط طريق الدلالة في شأن الوصية على أصلهما ثم أقول ههنا احتمال آخر وهو أن لا يكون مراد المصنف بقوله كما يحرم الميراث القياس الفقهي ولا إلحاق بطريق الدلالة بل كان مراده مجرد التنظير والتشبيه ويدل عليه أنه لو لم يذكر قوله كما يحرم الميراث لم يلبس العقل بلا احتياج إليه فإن استعمل الساتل ما أخره الله تعالى جرم عظيم يستدعي حرمانه عن الوصية مع قطع النظر عن استدعائه حرمانه عن الميراث وعلى هذا المعنى لا يتوهم الرد المذکور أصلا وتقطع الكلمات المتعلقة به بخلافها كما لا يخفى (قوله ولهما أن الامتناع لحق الورثة لأن نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث) أقول أرى دليلهما ههنا ضعيفا جدا فإن قوله أن الامتناع لحق الورثة ليس بظاهر وعلى الإطلاق إذ قد تقرر فيما مر أن الشرع لم يعتبر تعلق حقهم بقدر الثلث ولهذا أجازت الوصية بهذا القدر للأجنبي وإن لم يجزها الورثة وفيما نحن فيه لم تجز الوصية بشيء للقاتل بدون إجازة الورثة فكيف يتصور أن يكون الامتناع في قدر الثلث أيضا لحقهم ثم إن تعليل ذلك بقوله لأن نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ليس بتمام لأن مجرد عود نفع بطلانها اليهم لو اقتضى كون الامتناع في الوصية لحقهم لا يقتضي كونه في الإرث أيضا لحقهم فلم يزم أن يجوز إرث القاتل أيضا بإجازتهم عندهما ولم يقل به أحد قال في العناية فإن قيل ما الفرق بينهما وبين الميراث إذا أجازت الورثة حيث صحت في الوصية دون الميراث أجيب بأن الإجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فإنه من جهة الشرع لا يصنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد انتهى أقول فيه نظر لأن الكلام ههنا ليس في نفس الوصية والميراث حتى يتم الفرق بينهما بأن أحدهما من جهة العبد والآخر من جهة الشرع بل إنما الكلام ههنا في أن حرمان القاتل عن الوصية كحرمانه عن الميراث أم لا ولا شك أنه لا فرق بين حرمانه عن الوصية وحرمانه عن الميراث في كونهما من جهة الشرع نظرا إلى دليلهما وفي كونهما من جهة العبد نظرا إلى صدور سببهما وهو القتل عن العبد فإمعن أن تعمل الإجازة التي هي تصرف من العبد

وقوله (بالحديث الذي روينا) إشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده في العطية وقوله (باعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الموت) ذكر في فتاوى قاض خان ولو أوصى لاختونه الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثا لأنهم لا يرقون مع الابن فان كانت له بنت ممكن كان الابن جازت الوصية للاخ لاب وللأخ لام وبطلت للاخ لاب وأم لأنه يرثه مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها للاخ لأب لأنه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وأم وللأخ لام لأنهم ما يرثونه وقوله (واقرار المريض للوارث على عكسه) أي على عكس الوصية بتأويل الإيصاء أو المذكور أي يعتبر في الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت ذكر في النهاية أن اعتبار وقت الاقرار دون وقت الموت ليس على إطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث وأما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيه يعتبر كونه وارثا وقت الموت أيضا ثم بين ذلك في مريض أقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب بحيث صح الاقرار لان وراثته ثبتت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد (٤٣٧) لمولاه فهو هذا الاقرار في المعنى حصل للمولى وهو أجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو أقر لاختيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لأنه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار تبين أن اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره وأرى أن إطلاق المصنف يعني عن ذلك التطويل وذلك لأنه قال يعتبر في اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محروما فلا يكون اقرارا للوارث وكلامنا فيه والاخ ليس محروم فيكون وارثا عند الاقرار وان كان

ولأنه حيف بالحديث الذي روينا و يعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لأنه غلبت مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت (والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية) لأنها وصية حكمها حتى تنفذ من التام واقرار المريض للوارث على عكسه لأنه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار

في ارتفاع أحدهم مادون الآخر وبعبارة أخرى ان الميراث وان كان من جهة الشرع بدون صنع العبد إلا أن حرمان القاتل عنه كان من جهة العبد حيث باشر القتل فكان فعله هذا مانعا عن ميراثه من المقتول فلم لا تجوز أن نعمل الاجازة في رفع هذا المانع الذي كان من جهته وبصنعه (قوله ولأنه حيف بالحديث الذي روينا) قال صاحب العناية قوله بالحديث الذي روينا إشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده في العطية انتهى أقول هذا خبط ظاهر من الشارح المزبور إذ لم يتقدم من المصنف في كتاب الهبة ذكر حديث في حق من خصص بعض أولاده في العطية بل لم يتقدم منه شيء ذكر تلك المسئلة قط فكيف تنصور الحوالة عليه بها ههنا والصواب أن مراد المصنف هنا بقوله بالحديث الذي روينا هو الإشارة الى ما ذكره في هذا الكتاب فيما مضى عن قريب بقوله وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكره الكبار وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث انتهى (قوله واقرار المريض للوارث على عكسه) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية أي على عكس الوصية بتأويل الإيصاء وقال صاحب العناية أي على عكس الوصية بتأويل الإيصاء أو المذكور ورده عليه التأويل الثاني بعض الفضلاء بان قال الوصية هي المذكورة بالهاء لا المذكور فالأولى أو ما ذكرنا انتهى أقول رده ساقط لان الوصية انما تكون هي المذكورة بناء على التأنيت لا المذكور أن لو كان الالف واللام في اسم المفعول حرف تعريف وقد تقر في علم الادب أن الالف واللام في اسم الفاعل والمفعول عند غير المأزني من عامة أئمة العربية اسم موصول لا حرف تعريف وصلته اسم الفاعل أو المفعول فينبغي أن يصير لفظ المذكور في معنى ما ذكر في عود الضمير المستتر في اسم الفاعل والمفعول الى الموصول الذي هو الالف واللام ولا يلزم الحاق تاء التأنيت بصلته لعدم علامة التأنيت في لفظ ذلك الموصول فإنه في اللفظ مفرد مذ كرمالح

محجوب بالاقرار للوارث باطل

(قوله بتأويل الإيصاء أو المذكور) أقول الوصية هي المذكورة بالهاء لا المذكور فالأولى أو ما ذكر (قوله ثم بين ذلك في مريض أقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب صرح الاقرار) أقول قوله أقر لابنه العبد الذي ليس عليه دين قال في الكافي في فصل في اعتبار حالة الوصية قبيل باب العتق في المرض واذا أوصى المريض لابنه الكافر أو الرقيق أو وهب له وسلمه أو أقر له بدين فاسلم الابن أو عتق قبل موته بطل ذلك كله أما الوصية والهبة فلما مر أن المعتبر فيهما حال الموت وأما الاقرار وان كان ملازم بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيورث تهمته الاشارة باعتبار التهمة ملحقا بالوصايا وذلك كمن أقر لاختيه وله ابن فهلك الابن ثم هلك المقر والاخ المقر له وارثه أنه باطل لما قلنا انتهى ولا يخفى عليك مخالفتها لما ذكره صاحب النهاية فتأمل (قوله وكلامنا فيه والاخ ليس محروم) أقول فيه بحث فإنه يقتضي أن لا تجوز الوصية للاخ ولا الاقرار له أصلا مع وجود الابن فليتأمل فان مراده فيكون وارثا عند الاقرار بالتبين وأما أدالم يمت الابن تبين أنه ليس بوارث فيصح

قال (الآن تحيزها الورثة) وروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم فحجوز باجارتهم ولو أجاز بعض ورد بعض فحجوز على المحيز بقدر حصته لولا تبينه عليه وبطل في حق الراد

لثني والمجموع والمؤث أيضا ككلمة ما وكلمة من كما صرحوا به نعم يجوز إلحاقها باعتبار المعنى المراد بذلك هنا وهو الوصية لكن الأمر في كلمة ما أيضا كذلك فلا فرق بين المذكور وما ذكر في جواز ترك الصلة نظرا إلى لفظ الموصول وجواز تأنيها نظر إلى المعنى المراد بالموصول وعن هذا ترى ثقات أهل العربية يؤولون المؤث الذي عبر عنه بضمير المذكور أو باسم الإشارة المذكور في مواضع شتى من كتب علم البلاغة بل في التفاسير أيضا المذكور كما يؤولونهم بما ذكر من غير فرق ثم إن كان المراد بقولهم تأويل المذكور في أمثال هذا المقام أن يقال بتأويل الشيء المذكور على أن بقدر الموصوف المذكور كان الأمر أسهل ويرتفع الاشتباه بالكلمة ثم إن الشراح فاطبة قالوا في تفسير قول المصنف وأقرار المريض للوارث على عكسه أي يعتبر في الأقرار للوارث وقت الأقرار لا وقت الموت وقال صاحب النهاية بعد ذلك إن اعتبار وقت الأقرار دون وقت الموت ليس على إطلاقه بل ذلك إذا كان كونه وارثا بسبب حادث وأما إذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الأقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت أيضا ثم بين ذلك في مريض أقر لابنه العبد فاعتق فمات الأب حيث صح الأقرار ولان وراثته تثبت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد لولاه فهذا الأقرار في المعنى حصل للولي وهو أجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو أقر لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الأخ وارثا بطل إقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الأقرار تبين أن إقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره وقال صاحب العناية بعد نقل ما ذكر في النهاية على الوجه المزبور وأرى أن إطلاق المصنف بمعنى عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر في إقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الأقرار والعبد ليس بوارث عند الأقرار لكونه محروما فلا يكون إقرار الوارث وكلام منافي به والأخ ليس محروما فيكون وارثا عند الأقرار وإن كان محجوبا بالأقرار للوارث باطل انتهى أقول فيه نظرا لانه مدار هذا التوجيه أن يكون مراد المصنف بالوارث ما يعم المحجوب وبقابل المحروم وليس بسديد إذ لو كان مراده بالوارث هنادك لكان مراده به في قوله ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية أيضا ذلك والالتم يتم قوله وأقرار المريض للوارث على عكسه فإن أمر الانعكاس انما يتحقق عند اتحاد المراد بالوارث ولو كان المراد بالوارث هناك أيضا ذلك لفقد المعنى إذ لا يخفى أن الموصى له إذا كان محجوبا عن الميراث عند موت الموصي تجوز الوصية له كما يدل عليه قطع ما ذكره الامام فاضل خان في فتاواه ونقله الشراح بأسرهم عنه من قبل وهو أنه لو أوصى لأخوته الثلاثة المنفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلانا لانهم لا يرون مع الابن فإن كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للأخ لاب والأخ لام وبطلت للأخ لاب وأم لانه يرث مع البنت وإن لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للأخ لاب لانه لا يرث وبطلت للأخ لاب وأم وللأخ لام لانهم ما يرثانه انتهى فظهر أن المراد بالوارث هنا ما ثبت له الإرث بالفعل بان لا يكون محروما ولا محجوبا فاحتج إلى التقييد في صورة الأقرار بما ذكره صاحب النهاية ثم إن صاحب الغاية رد على صاحب النهاية هنا وجه آخر حيث قال وذكر في وصايا الجامع الصغير لو أن المريض أقر لابنه بدين وهو نصراني أو عبدا ثم أسلم الابن أو اعتق العبد ثم مات الرجل فالأقرار باطل لانه حين أقر كان سبب النعمة بينهم ما ظاهرا وهو القرابة التي صارها وارثا في ثاني الحال ثم قال فعن هذا عرفت أن ما ذكر بعضهم في شرحه سهو منه لا يصح نقله وهو أنه قال أقر لابنه بدين وابنه عبدا ثم اعتق ثم مات الأب وهو من ورثته فأقراره بالدين جائز لان كسب العبد لولاه فهذا الأقرار حصل من المريض في المعنى للولي وهو أجنبي منه انتهى أقول السامع هنا صاحب الغاية نفسه لان ذلك البعض الذي نسب السهو

وقوله (الآن تحيزها الورثة) استثناء من قوله ولا تجوز لوارثه وروى هذا الاستثناء فيما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم ألا الوصية لوارث وقوله (ولان الامتناع لحقهم) أي لحقهم الذي هو تأذيتهم بابتار البعض دون البعض وبالتفسير على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لجازفما دون الثلثين أجازوا أولم يحيزوا لانه لاحق لهم في الثلث كافي الوصية للأجنبي قوله (ولو أجاز بعض) ظاهر

قال (ويجوز أن يوصي المسلم للكافر) وصية المسلم للكافر الذي وعكسها جائزة فأما الأول فلقوله تعالى لا ينهأكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية تنفي النهي عن البر اليهم والوصية لهم باليهم فكانت غير منهيبة وأما الثاني فلما ذكر في الكتاب وأما الوصية لأهل الحرب ففي رواية الجامع الصغير باطلة وقالوا في شروح الجامع الصغير غير أنه ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم ووجه التوفيق بين الروايتين أنه لا ينبغي أن يفعل وإن فعل ثبت الملك لهم لأنهم من أهل الملك وأما وصية الحربي بعد ما دخل دارنا بأمان فإنها جائزة لأنه ولاية تملك ماله في حياته فكذا بعد وفاته خلافة لافرق بين وصيته بالثلث وبجميع ماله لأن منع المسلم عما زاد على الثلث لحق وورثته المسلمين لأنه معصوم عن الإبطال وورثته الحربي ليست كذلك

(قال المصنف والثاني لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات) أقول لا اختصاص لهذا الدليل بالثاني بل يعم الأول أيضا (قوله وإنما جعل هذا التصديق أفضل) أقول فيه بحث

قال (ويجوز أن يوصي المسلم للكافر والمسلم) فالأول لقوله تعالى لا ينهأكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية والثاني لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة فكذا بعد الممات (وفي الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب باطلة) لقوله تعالى انما ينهأكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية

اليه فان المصنف ذكر ما ذكره ذلك البعض نقلا من كتاب الاقرار في فصل اعتبار حالة الوصية من باب الوصية بالثلث فيما سياتي واعترف صاحب الغاية أيضا بغيره من كروا ما ذكره المصنف هناك نقلا عن كتاب الاقرار فإله هنا من أنه سهو منه لا يصح لعله غفول عن ذلك وسهو من نفسه كالا يخفى نعم ما ذكره ذلك البعض هنا يخالف رواية وصايا الجامع الصغير لكن لا يلزم منه السهو فانه بنى كلامه هنا على رواية كتاب الاقرار ومثل هذا ليس بعز في كلمات الثقات ثم إن تاج الشريعة بعد أن فسّر قول المصنف واقرار المريض لا وارث على عكسه بقوله أي يعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الاقرار لا زمان الموت قال فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وان لم يكن وارثا زمان الموت ولو لم يكن وقت الاقرار وارثا يصح الاقرار وان صار وارثا زمان الموت لأن الاقرار واجب في الحال ولهذا عليك المقره في الحال ويصح رده في الحال انتهى أقول فيه بحث فان قوله فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وان لم يكن وارثا زمان الموت مما ينافيه ما نص عليه الامام قاض خان في فتاواه في فصل اقرار المريض من كتاب الاقرار حيث قال ولو أقر لوارث ثم خرج من أن يكون وارثا بان أقر الاخ له ثم ولد له ابن ثم مات المريض صح اقراره انتهى ثم إن لبعض المتأخرين هنا كلمات مفصلة غير خالية عن الاختلال في بعض مواضعها تركنا ذكرها وبيان اختلالها مخافة عن الاطنباب الممل (قوله قال ويجوز أن يوصي المسلم للكافر) قال في الكفاية أراد به الذي بدليل التعليل ورواية الجامع الصغير أن الوصية لأهل الحرب باطلة انتهى أقول فيه أن قوله ويجوز أن يوصي المسلم للكافر لفظ القدوري والتعليل ورواية الجامع الصغير انما هما من كلام المصنف فكيف يصح جعل كلام المصنف دليلا على إرادة القدوري بالكافر الذي دون مطلق الكافر كما هو الظاهر من لفظه على أن المراد بأهل الحرب في رواية الجامع الصغير هو الحربي الغير المستأمن لأن لفظ الجامع الصغير هكذا الوصية للحربي هو في دارهم باطلة كما ذكر في الكافي وغيره فبقي الحربي المستأمن خارجا عن مسألة الجامع الصغير فكيف تكون رواية الجامع الصغير دليلا على كون المراد بالكافر في لفظ الكتاب هو الذي دون ما يعم الحربي المستأمن وقد صرح في المحيط وغيره بأنه يجوز أن يوصي المسلم للحربي المستأمن في ظاهر الرواية كما يجوز أن يوصي للذي نعم يجوز أن يكون اختصاص التعليل الذي ذكره المصنف بالذي دليلا على حل المصنف مراد القدوري بالكافر على الذي وان لم يكن دليلا على أن يكون مراد القدوري بذلك في نفسه هو الذي وأما ذكر المصنف رواية الجامع الصغير التي يختص بالحربي الغير المستأمن فلا يكون دليلا على حمل المصنف أيضا على الذي فقط كالا يخفى (قوله وفي الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب باطلة) قال شرح الجامع الصغير ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم فوجه التوفيق بين الروايتين أنه لا ينبغي أن يفعل وإن فعل جاز وثبت الملك لأنهم من أهل الملك انتهى وافقنا أثرهم صاحب الكافي وشرح هذا الكتاب أقول والانصاف أن لفظه باطلة في عبارة الجامع الصغير عما بأي التوفيق المذكور جدا انقدتقرر عندهم أن الباطل من العقود لا يفيد الملك بخلاف الفساد منها فانه يفيد الملك عند تحقق القبض فلو كان المذكور في الجامع لفظه فاسدا بدل لفظه باطلة لكان لذلك التوفيق وجه وليس فليس ثم أقول لعل الحق هنا رأي صاحب المحيط فانه لم يقبل قولهم ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي بل نقل ما ذكر في السير الكبير واستنبط منه بطلان الوصية

قال (وقبول الوصية بعد الموت فإن قبلها الموصى له حال الحياة أوردناها فذلك باطل) لأن أو أن ثبوت حكمه بعد الموت لعاقبه به فلا يعتد بقبوله كما لا يعتد بقبول العقد قال (ويستحب أن يوصى الإنسان بدون الثلث) سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لأنه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة

وقوله (وقبول الوصية بعد الموت) على ما ذكره في الكتاب ظاهر والقبول ليس بشرط صحة الوصية وانما هو شرط ثبوت المالك للموصى له وللوصية شبه بالمراث من حيث انها تملك بالموت وشبه بالهبة من حيث انها تملك بتملك الغير فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول مادام يمكن من الموصى له فقلنا لا تملك قبل القبول واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا انه يملكها بعده من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الامكان وان مات الموصى له من غير رد وقبول فقد ذكر في الكتاب أن الوصية تبطل قياسا ويلزم ذلك وورثة الموصى له ردوا أو قبلوا في الاستحسان وقوله (ويستحب أن يوصى الإنسان) واضح وحاصله أن التقليل في الوصية أفضل واليه الإشارة في قوله أنك أن تدع عيالك الحديث ومعناه ورثتك أقرب إليك من الاجانب فترك المال لهم خير من الوصية

للحربي حيث قال وفي شرح الطحاوي قالوا ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي واختلف المشايخ فيه منهم من وافق بين ما ذكر في الاصل وبين ما ذكر في السير الكبير فقال لا ينبغي للإسلام أن يوصى للحربي كما ذكر في الاصل ولكن لو فعل جازت وثبت المالك للموصى له كما ذكر في السير الكبير ومنهم من قال في المسئلة روايتان هكذا قالوا والمذكور في السير الكبير أن الوصية للحربي باطلة والصورة المذكورة ثمة لو أوصى مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز أن يخرج الحربى الموصى له الى دار الاسلام بأمان وأراد أخذ وصيته لم يكن له من ذلك شيء وإن أجازت الورثة لأن الوصية وقعت بصفة البطلان فلا تعمل اجازة الورثة فيها فقد نص على عدم الجواز في أصل المسئلة ونص على البطلان في الفرع وانه دأبل على بطلانها الى هذا لفظ المحيط فتأمل ثم ان صاحب الدرر والغرر بعد أن ذكر التوفيق المار الذكرك في عامة الكتب وعزا الى الكافي والنهاية قال أقول لا يخفى بعده بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو في دارهم فانه احتراز عن حربي ليس في دارهم وهو المستأمن فان الحربى مادام في دار الحرب ممن يقاتلنا بخلاف المستأمن فانه ليس كذلك وهو المراد مما ذكر في السير الكبير انتهى كلامه أقول هذا كلام عجيب فان لفظ السير الكبير على ما نقله صاحب المحيط لو أوصى مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز انتهى فكيف يمكن أن يكون المستأمن هو المراد مما ذكر في السير الكبير (وقوله وقبول الوصية بعد الموت فإن قبلها الموصى له حال الحياة أوردناها فذلك باطل) قال بعض المتأخرين لا يخفى أن بيان وقت القبول حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت فضلا عن أن يتوسط بينهما مسألة استصحاب الوصية بما دون الثلث اه أقول خبط ذلك القائل في تحريره هذا خبط عشواء لأن بيان وقت القبول ان كان حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فكيف يصح قوله فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت لأن الذي ينبغي أن يقدم انما هو ما حقه أن يقدم وهو بيان وقت القبول على مقتضى صريح كلامه المذكور فيلزم أن يكون الذي ينبغي عكس ما ذكره وذلك عين ما وقع في كلام المصنف فانه أراد أن يقول لا يخفى أن بيان وجوب القبول حقه أن يقدم على بيان وقت القبول فخط في تحريره حيث عكس الامر (قوله ويستحب أن يوصى الإنسان بدون الثلث سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم) أقول لقائل أن يقول كما أن في التنقيص صلة القريب كذلك في التكميل صدقة على الاجنبي وفيما اذا كانت الورثة أغنياء كانت الصلة لهم هبة منهم فالصدقة أولى من الهبة كما سيجيء والنصريح به في تكميل كون الوصية بدون الثلث أولى من تركها فيما اذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فينبغي أن يكون التكميل أيضا أولى من التنقيص فيما اذا كانت الورثة أغنياء تلك العلة فما وجه التعميم هنا والجواب أن في التنقيص أصل صلة القريب لازادتها وفي التكميل زيادة الصدقة لأصلها التحقق أصلها بما دون الثلث بدون التكميل في اختيار التكميل تفويت صلة القريب عن أصلها أي بالكلية وليس في التنقيص تفويت الصدقة بالكلية بل فيه تفويت بعضها فكان في اختيار التنقيص العمل بالفضيلة من معافاة الصدقة وفضيلة صلة القريب وفي اختيار التكميل العمل بفضيلة واحدة فقط وهي فضيلة الصدقة ولا ريب أن العمل بهما

ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقراية جميعا وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى أولى لانه ينتفع به اوجه الله تعالى

معاً أولى من العمل بأحدهما فقط (قوله ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها) أقول ولما قيل أن يقول قد حسمكم فيما مر أنقبا بان الوصية بدون الثلث مستحبة سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء ولا شك أن المستحب هو الذي كان فعله أولى من تركه فبما معني التردد هنا بان الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها والتقصير بل بقوله قالوا ان كانت الورثة فقراء الخ والجواب أن الاستحباب في قوله سابقا ويستحب أن يوصى الانسان بدون الثلث ليس بناظر الى قوله أن يوصى الانسان بل الى قوله بدون الثلث أي مصب الافادة في ذلك الكلام فبيده لا نفسه فال معناه الى أن التنقيص عن الثلث في الوصية مستحب مطلقا وهذا انما يقتضي أن يكون التنقيص من الثلث في الوصية أولى من التكميل مطاوعا ولهذا قال المصنف في تعليقه لان في التنقيص صلة القريب بترك ما له عليهم وهذا المعنى لا ينافي أن يكون ترك الوصية بالكلية أولى من التنقيص عن الثلث أيضا في بعض الصور فيبين المصنف ذلك بما قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فتركها بالكلية أولى وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى فلم يكن ترديده وتفصيله ههنا مخالفا لما سبق أنقبا بل كان بملاحظة ذلك ورعايته على حاله هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح) والكاشح العدو الذي أولى كشحه وهو ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح الذي أضمر العداوة في كشحه وانما جعل هذا التصديق أفضل لان في التصديق عليه مخالفة النفس وقهرها كذا في العناية وغيرها أقول فيه شيء وهو أن الحديث حينئذ انما يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم الكاشح لا على أفضلية الصدقة على القريب مطلقا كما هو المطلوب فلا يتم التقريب وقد تنبه له بعض الفضلاء حيث قال هذا الحديث لا يفي بتمام المدعى ولذلك لم يصدره باداة التعليل الا أن قوله ولذلك لم يصدره باداة التعليل لا يجدي نفعا لان ذلك الحديث في مقام التعليل هنا سواء صدره باداة التعليل أو لم يصدر به اوله هذا صدره صاحب الكافي باللام حيث قال لقوله عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ثم ان بعض المتأخرين كأنه قصد دفع ذلك القصور وواصلح المقام فقال في شرح قول المصنف لما فيه من الصدقة على القريب هذا قياس من الشكل الاول كبراه مطوية وهي وكل صدقة على القريب أولى من الصدقة على غيره أقيم دليلها مقامها وهو قوله وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح فانه بصريحه يدل على أفضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح وتخصيص الكاشح بذى الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم منها على غير ذي الرحم انتهى أقول ليس ذلك أيضا تاما فاننا ان أغضنا عن منع قوله فانه بصريحه يدل على أفضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح غنغ حد أقوله وتخصيص الكاشح بذى الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم على غير ذي الرحم فان تخصيص الكاشح بذى الرحم انما يدل على أن يكون التصديق على ذي الرحم تأخير في أفضلية الصدقة كما أن لكونه كاشحا تأثيرا فيها ولا يلزم منه أن يكون التصديق على ذي الرحم الغير الكاشح أفضل من التصديق على غير ذي الرحم الكاشح لان في كل منهما انتفاء أحد سببي الأفضلية المستفادين من الحديث الشريف فمن أين يعلم أفضلية أحدهما من الآخر تأمل توقف (قوله وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى أولى)

وهو مروى عن أبي بكر وعمر فالأول أن يوصى بالخمسة أحب اليك من أن يوصى بالربع ولان يوصى بالربع أحب اليك من أن يوصى بالثلث والكاشح العدو الذي أولى كشحه وهو ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح الذي أضمر العداوة في كشحه وانما جعل هذا التصديق أفضل لان في التصديق عليه مخالفة النفس وقهرها

(قال المصنف وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح) أقول هذا الحديث لا يفي بتمام المدعى ولذلك لم يصدره باداة التعليل

وقوله (والموصى به بملك بالقبول) واضح وقد تقدم لنا الكلام عليه قبيل هذا وقوله (ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب) صورته أن يشتري المريض شيئا ويوصى به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فإنه لا يرد على بائعه (ولا يرد عليه بالعيب) صورته أن يوصى بجميع ماله لانسان ثم باع شيئا من التركة ووجد

(٤٣٣)

بطريق الخلافه ثبت ولاية الردى للصورتين جميعا كما في الوارث وقوله (ولا يملك أحد اثبات الملك لغيره الا بقبوله) لثلاثة عود على موضوعه بالنقض وذلك لان تنفيذ الوصية انفعه الموصى له ولو أثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر فانه لو أوصى له بعبد أعمى وجب عليه نفقته بلا منفعة تعود اليه وأمثال ذلك كثيرة وقوله (الافى مسئلة واحدة) استثناء من قوله والموصى به بملك بالقبول يعنى الافى مسئلة واحدة فانها تملك بدون القبول وقوله (لان الدين مقدم على الوصية) يعنى في الحكم فان قبل هذا التقدم مخالف لتنظيم الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين فالحجواب ما ذكرناه في مختصر الضوء في الفرائض قال (ولا تصح وصية الصبي) كلامه واضح وقوله (ولم تنفذ نبي على غيره) يعنى اذا نفذنا الوصية كان ماله باقيا على نفسه فانه يحصل له بسببها نيل الزنى والدرجة العليا ولم

وقيل في هذا الوجه بخير لا شتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة والصله فخبر بين الخبرين قال (والموصى به بملك بالقبول) خلافا لفرقه وهو أحد قولى الشافعى هو بقول الوصية أخت الميراث أدكل منهما خلافة لما أنه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولنا أن الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك أحد اثبات الملك لغيره الا بقبوله أما الوراثه خلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبراً من الشرع من غير قبول قال (الافى مسئلة واحدة وهي أن يموت الموصى ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته) استحسانا والقياس أن تبطل الوصية لما يبين أن الملك موقوف على القبول فصار كوت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصى قد تمت بموته تمام لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كافي البيع المشروط فيه الخبر لا يشتري اذا مات قبل الاجازة قال (ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية) لان الدين مقدم على الوصية لانه أهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وأبدأ يبدأ بالأهم فالأهم (الا أن يبرئه الغرماء) لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها قال (ولا تصح وصية الصبي) وقال الشافعى تصح اذا كان في وجوه الخبر لان عمر رضى الله عنه أجاز وصية بفاع أو بافاع وهو الذى راهق الحلم ولانه نظره بصرفه الى نفسه في نيل الزنى ولم تنفذ نبي على غيره ولنا أنه تبرع والصبي ليس من أهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله

أقول لما منع أن يمنع كون الوصية صدقة على الاجنبي مطلقا اذا اجنبي الموصى له فغيره يكون غنيا أيضا فلم يثبت أولوية الوصية من تركها على الإطلاق فيما اذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فتدبر (قوله ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب) قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية صورة الاول أن يشتري المريض شيئا ويوصى به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فإنه لا يرد على بائعه وصورة الثاني أن يوصى بجميع ماله لانسان ثم باع شيئا من التركة ووجد المشتري به عيبا لا يرد على الموصى له انتهى أقول في تصور الثاني بعد ذلك نظر لان الموصى اذا باع شيئا من الموصى به يصير راجعا عن وصيته كما سيجي تفصيله عن قريب في الصورة المذكورة يكون عدم ثبوت ولاية رد المشتري ما اشتراه من الموصى على الموصى له بالعيب يرجوع الموصى عن وصية ما باعه من التركة يبيعه وعدم تعلق حق الموصى له بذلك بعد تحقق الرجوع عن الوصية لالكون الوصية اثبات ملك جديد فلا يتم التقريب (قوله ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه أهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع) أقول هذا التعليل منقوض بالوصية بنحو الحج والزكاة والكفارات فانها واجبة على ماصرحوا به فالاولى في التعليل البسط بأن يقال لانه حق العبد وأداءه فرض والوصية تكون بطريق التبرع في الغالب وقد تكون بطريق الوجوب وذلك فيما اذا كانت لاداء حقوق الله سبحانه وتعالى الفاتية كالحج والزكاة ونحوهما وأما ما كان يقدم الدين عليها أما في الشق الأول فظاهر لان أداء الدين فرض والفرض مقدم على التبرع لا محالة وأما في الشق الثاني فلان الدين حق العبد وحق العبد مقدم على حق الله تعالى اذا اجتمعا لاحتياج العبد دون الله

والاثر

تنفذ ماله على غيره فكان الوصية أولى

(قوله ثم باع شيئا من التركة) أقول أى باع الموصى (قوله لا يرد على الموصى له) أقول بعدم موت الموصى (قال المصنف فانه فرض والوصية تبرع) أقول فيه أن بعض الوصايا واجبة كالوصية بالحج والزكاة فالدليل قاصر كالأبغنى

وقوله (والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم) يعني كان بالغام بعض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى بأفعاء مجازاً تسمية للشيء باسم ما كان عليه أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفعه ورد بأنه صحيح في رواية الحديث أنه كان غلاماً لم يحتلم وأنه أوصى لابنته عمه بمال فكيف يصح التأويل بكونه بأفعاء مجازاً أو بكون الوصية في التجهيز وأمر الدفن وأجيب بأن قوله كان غلاماً لم يحتلم معنى البافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوي نقله عنه وقوله (أنه أوصى لابنته عمه بمال) لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفعه قال الطحاوي والاحتجاج به هذا لا يصح من الشافعي لأنه مرسل لأنه رواية عمرو بن سليم وهو لم يلق عمر وعندنا المرسل وإن كان حجة لكن هذا يخالف قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاث وفيه نظر لأن المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه وقال ابن خزم هو مخالف لقوله تعالى وابتلوا اليتامى الآية فأنهم يدل على أن الصبي ممنوع عن ماله وقوله (وهو يحرز (٤٣٣) الثواب) جواب عن قوله ولأنه نظره

بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفي وقوله (كأيناه) إشارة إلى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب الخ فإنه يفيد إما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه وقوله (والمعتبر في النفع والضرر) تنزل في الجواب كأنه يقول سلماً أن بالوصية يحصل الثواب دون تركها لكن المعتبر في النفع والضرر هو النظر إلى أوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة ألا ترى أن الطلاق لا يصح منه وإن أمكن أن يكون نافعا بأن يطلق امرأة معسرة شوهاء ويستزوج بائناً الموسرة الحسنة لكون ذلك من العوارض والوصية في الأصل تبرع والصبي ليس من أهله

(قوله ورد بأنه صحيح في رواية الحديث أنه كان غلاماً لم يحتلم)

والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازاً أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفعه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر إلى أوضاع التصرفات لا إلى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فإنه لا يملكه ولا وصيه وإن كان يتفق نافعا في بعض الأحوال وكذا إذا أوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الأهلية وقت المباشرة وكذا إذا قال إذا أدركت فمات مالي فلان وصية لقصور أهليته فلا يملكه تنجيها وتعليقاً كما في الطلاق والعناق

تعالى كما عرف في محله (قوله والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازاً) يعني كان بالغام بعض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى بأفعاء مجازاً تسمية للشيء باسم ما كان عليه كذا في العنابة وغيرها (أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفعه وذلك جائز عندنا) قال صاحب الغاية وفيه نظر عندى لأنه صرح الراوي بأنه أوصى لابنته عمه بمال فكيف يسمى ذلك وصية بتجهيز نفسه وكيف يحتمل أن يقال أنه كان أدرك لكن سمي غلاماً مجازاً لأنه صحيح في رواية الحديث أنه كان غلاماً لم يحتلم انتهى ورد صاحب العنابة حاصل نظره والجواب عنه حيث قال ورد بأنه صحيح في رواية الحديث أنه كان غلاماً لم يحتلم وأنه أوصى لابنته عمه بمال فكيف يصح التأويل بكونه بأفعاء مجازاً أو بكون الوصية في التجهيز وأمر الدفن وأجيب بأن قوله كان غلاماً لم يحتلم معنى البافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوي نقله عنه وقوله أنه أوصى لابنته عمه بمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفعه أقول ليس ذلك الجواب بسديد أما أولاً فلا لأنه إذا كان لفظ البافع في الاثر المزبور مجازاً عن كان بالغام بعض على بلوغه زمان كثير كان معنى البافع حقيقة غير مراد في ذلك الاثر بل غير واقع في أصل القصة فلو كان الراوي نقله عنه لزم أن يكذب في نقله ولا يخفى ما فيه وأما ثانياً فلا لأن قوله وقوله أنه أوصى لابنته عمه بمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفعه ممنوع جداً فإن معنى أوصى له بمال ملكه أياه وما يتعلق بتجهيزه وأمر دفعه لا يكاد أن يكون ملكاً لغيره كما لا يخفى نعم لو كان المروي في الاثر أنه أوصى إلى ابنته عمه بكلمة إلى بدل كلمة اللام لم يلزم التنافي لأن معنى أوصى إليه جعله وصياً فيجوز أن تكون ابنته عمه وصيته في تجهيزه وأمر دفعه ولما كان المروي في ذلك أنه أوصى لابنته عمه بمال لم يبق للتأويل المذكور مجال (قوله وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه) قال في العنابة قوله يحرز الثواب جواب عن قوله ولأنه نظره بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفي وقوله كما بيناه إشارة

(٥٥ - تكمله ثامن) قوله نقله عنه أقول الرد للاتقاني وفي شرح الوحي للرافعي في وصية الصبي الميزون بديره قولان أرجحهما عند الاستاذ أي منصوراً منهم ما يحكيان لما روي أن غلاماً من غسان حضرته الوفاة وله عشر سنين فأوصى لبنت عمه له وله وارث فرفعت القضية إلى عمر فجاز وعنه عثمان أجاز وصية غلام ابن إحدى عشرة سنة ولأن الوصية لا تزول ملكه في الحال ونفي الثواب بعد الموت فتصح كسائر القربات وبهذا القول قال مالك وأحمد والثاني وهو الاظهر عند الأكثرين وبه قال أبو حنيفة إنهما باطلان كهيته وعناقه وذلك لأنه لا عبارة له ولا هذا لا يصح به وإن كان فيه غبطة انتهى (قوله وقوله أنه أوصى لابنته عمه بمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفعه) أقول لو أريد بذلك لقليل إلى ابنته عمه (قوله وهو مخالف لقوله تعالى وابتلوا اليتامى الآية) أقول هذه الآية في أوائل سورة النساء (قوله أو تساويهما فيه) أقول فيه بحث فإن التساوي فيه ضعيف ولذلك أورده المصنف بصيغة التبريض (قوله كأنه يقول سلماً أن بالوصية يحصل الثواب) أقول فيه بحث فإن الوصية نوع مضبوط ليس كالطلاق وغيره فليتامل

وقوله (بخلاف العبد والمكاتب) يعني اذا قال العبد أو المكاتب اذا اعتقت فثلث مالى وصية بصح (لان أهليتهم مستتمة) أى تامة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوط المانع وقوله (ولا تصح وصية المكاتب) يعني تنجزه لان الاضافة الى العتق صحيحة كما مر آنفا وقوله (والخلاف فيها معروف وعرف في موضعه) يعني في باب الخنث في ملك المكاتب والمأذون من أيمان الجامع الكبير وما عرف ثمة هو أن المكاتب اذا قال كل مملوك أملكه (٤٣٤) فيما استقبل فهو حر فعتق فلك لم يعتق عند أبي حنيفة وعتق عندهم ما لهما ان

ذكر الملك ينصرف الى ملك كامل قابل للاعتاق وهو ما بعد الحرية ولا يى خنيفة أن للمكاتب نوعين من الملك أحدهما ظاهر وهو ما قبل الاعتاق والثاني غير ظاهر وهو ما بعد الاعتاق فينصرف اليه الى الظاهر دون غير الظاهر وقوله (وتجوز الوصية للحمل) مثل أن يقول أوصيت بثلث مالى لما فى بطن فلانة (وبالحمل) كما اذا أوصى بما فى بطن جاريته ولم يكن من المولى اذا علم أنه ثابت موجود فى البطن وقت الوصية له أو به ومعرفة ذلك بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوى واختاره المصنف وصححه الاسيحاى فى شرح الكافى ومن وقت موت الموصى على ما ذهب اليه الفقيه أبو الليث واختاره صاحب النهاية (أما الاول) وهو الوصية للحمل فلانها استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة فى بعض ماله) بعدم رثته لانه يملكه فى الحال والاستخلاف

بخلاف العبد والمكاتب لان أهليتهم مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه قال (ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء) لان ماله لا يقبل التسرع وقيل على قول أبي حنيفة لا تصح وعندهما تصح رد الهالى مكاتب يقول كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فلك والخلاف فيها معروف وعرف في موضعه قال (وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة فى بعض ماله والجنين صلح خليفة فى الارث فكذا فى الوصية اذ هى أخيه الا أنه يرتد باردا لما فيه من معنى التملك الى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب الخ فانه يفيد اما أفضلية الترك فى الثواب أو تساويه بما فيه انتهى أقول فيه اشكال لانه ان أراد أن قوله لما يبناء إشارة الى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة الى آخره أى الى آخر تعليل تلك المسئلة وهو ما ينتهى عند قوله وان كانوا أغنياء يلزم أن لا يتم كلام المصنف هنا فانه انما يشى فى صورة ان كانت الورثة فقراء فلا يحصل الجواب عن قول الشافعى رحمه الله تعالى ولانه تطرله بصرفه الى نفسه فى نيل الزلقى فى صورة ان كانوا أغنياء ويلزم أن لا يصح قول الشارح فانه يفيد اما أفضلية الترك فى الثواب أو تساويه بما فيه اذ الأفضلية متعينة حينئذ فلا معنى للتريد وان أراد بقوله الخ قوله والموصى به عاك بالقبول لتناوله صورة ان كانوا أغنياء أيضا يلزم أن لا يجزى كلام المصنف هنا وكلام الشارح أيضا فى صورة ان كانوا أغنياء الاعلى القول الضعيف المذكور هناك بقيل وهو التخير بين الوصية وتركها على القول المختار المذكور هناك أولا وهو كون الوصية أولى من تركها وبالحمل لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاختلال قال بعض المتأخرين هنا بعد نقل ما فى العناية وفيه أن التساوى مبنى على قول ضعيف كما سبق ولا حاجة اليه فى المقصود انتهى أقول ان قوله ولا حاجة اليه فى المقصود ليس بصحيح اذ لا أفضلية للترك فى صورة ان كانت الورثة أغنياء بل الأفضلية فيها للوصية على القول المختار أو الوصية وتركها سيما فى القول الضعيف كما تقرر فيما سبق والمقصود هنا هو الجواب عن قول الشافعى ولانه تطرله بصرفه الى نفسه فى نيل الزلقى ولا ريب أن ذلك المقصود لا يحصل بقول المصنف هنا وهو يحزر الثواب بالترك على ورثته فى صورة ان كانوا أغنياء الا بالتثبت بالقول الضعيف فى تلك المسئلة وهو تساوى الوصية وتركها اذ على القول المختار فيها تكون الوصية أفضل فلا يتيسر اخراز الثواب بتركها فتحققت الحاجة الى ذكر التساوى لينتم الجواب بالنظر الى تلك الصورة أيضا وعن هذا أو رده بعض الفضلاء على ما فى العناية ما أورده ذلك ولم يذكروا المقدمة القائلة ولا حاجة اليه فى المقصود حيث قال فيه بحث فان التساوى فيه ضعيف ولذلك البعض أورده المصنف بصيغة التبريز انتهى (قوله وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أى وتجوز الوصية للحمل مثل أن يقول أوصيت بثلث مالى لما فى بطن فلانة وبالحمل كما اذا أوصى بما فى بطن جاريته ولم يكن منه بشرط أن يعلم أنه موجود فى البطن وقت الوصية له أو به بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوى

بخلاف

يصلح له الجنين ارناف كذا وصية لانها أختان فان قيل لو كانتا أختين

لما جاز ردها كما لم يجز رده أجاب بقوله (الا أنه) أى فعل الوصية أو الألباء (يرتد باردا لما فيه من التملك) دون الميراث لعدم ذلك فيه (قال المصنف وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة أشهر) أقول هذا اذا لم تكن المرأة اتقى أوصى بحملها معتدة فانها حينئذ اذا ولدت لاقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده فى البطن حين الوصية أو حين موت الموصى فى كلامه نوع قصور (قوله واختاره صاحب النهاية) أقول وصاحب الكافى أيضا

بخلاف الهبة لانها تعليل محض ولا ولاية لاحد عليه لئلا يملكه شيئا

وصححه الاستيعجاب في شرح الكافي واختاره المصنف أو من وقت موت الموصي بان جاءت به لافل من ستة أشهر من وقت موته على ما ذكره الفقيه أبو الليث في باب الوصايا والامام الاستيعجاب في شرح الطحاوي واختاره صاحب النهاية هذا زيادة ما في العناية وغاية البيان قال بعض المتأخرين بعد أن شرح المقام بهذا المنوال أقول ليس مبنى هذا الاختلاف على الاختلاف في أنه هل يكفي في صحة الوصية وجود الموصي له وبه وقت موت الموصي أو لا بد مع ذلك من وجودهما وقت الوصية لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا لانها تعليل بعد الموت فلا بد من وجودهما اذ ذلك دون وقت الايجاب بدليل ما ذكره الامام قاضيان وسيجيء أيضا أنه لو قال أوصيت بثلث مالي لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصي له ثلث ما تركه وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل أنه اذا أوصى بثلث ماله لبنى فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصي كان الثلث للذين حدثوا من بنيه فتبين أن منشأ الاختلاف ليس بذلك بل خصوصية في المسئلة اعتبرها الطحاوي ولم يتنبه لها غيره وهي أن المفهوم عرفا ولغة اذا قيل أوصيت لمالي بطنها بكذا كونه موجودا في بطنها وقتئذ لان المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت الى هنا كلام ذلك البعض أقول فيه اختلال فاحش فان قوله لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا ممنوع كيف وقد وضع في المحيط والذخيرة فصل على حدة لبيان أن الاعتبار لصحة الايجاب في الوصايا وجود الموصي به يوم موت الموصي أو وجوده يوم الوصية وذكر هناك أن حاصل هذا الفصل أن الموصي به اذا كان معينا يعتبر لصحة الايجاب وجوده يوم الوصية حتى ان من أوصى لانسان بعين لا يملكه ثم ملكه يوما من الدهر لا تصح الوصية واذا كان العين الموصى به في ملك الموصي يوم الوصية فالوصية تتحقق به حتى اذا هلك ذلك العين تبطل الوصية ومتى كان الموصي به غير معين وهو شائع في بعض التركة فكذلك يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصي به يوم الوصية وتعلق الوصية به فلو قال أوصيت لك بثلث غنمي أو بشاة من غنمي وليس في ملكه غنم يوم الوصية لا تصح الوصية حتى لو وجدت للموصي أغنام بعد ذلك قبل أن يموت لا يكون للموصي له من الاغنام الحادثة شيء ومتى كان الموصي به غير معين وهو شائع في جميع التركة يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصي به يوم موت الموصي فاذا أوصى لرجل بثلث ماله وله مال فهلك ذلك المال واكتسب مالا غيره فان ثلث ماله الذي اكتسبه للموصي له ولم تعلق الوصية بالمال الموجود يوم الوصية حتى لا تبطل بهلاكه انتهى فقد ظهر لك بذلك أن الاعتبار لصحة الايجاب في أكثر أقسام الوصايا وجود الموصي به وقت الوصية لا وقت الموت فلامعنى لقوله باتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما أي وجود الموصي له وبه وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا وقوله في تعليل ذلك لانها تعليل بعد الموت فلا بد من وجودهما اذ ذلك دون وقت الايجاب ليس يتم لان سبب الاستحقاق هو الوصية فيجوز أن يعتبر وجودهما وقت وجود ذلك السبب كما يجوز أن يعتبر وجودهما وقت تحقق الحكم وهو الملك ومن هذا منشأ الاختلاف الواقع بين المشايخ على ما مر من قبل وقوله بدليل ما ذكره الامام قاضيان وسيجيء أيضا أنه لو قال أوصيت لفلان بثلث مالي وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصي له ثلث ما تركه ليس بصحيح لان ذلك انما يكون دليلا على كون المعتبر وقت الموت فيما اذا كان الموصي به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما هو الحال في قوله أوصيت بثلث مالي لفلان لا فيما اذا كان الموصي به معينا كما فيما نحن فيه وعن هذا قال صاحب النهاية وغيره في شرح تلك المسئلة التي سنجيء

وقوله (بخلاف الهبة)
متصل بقوله وتجاوز الوصية
للمحمل يعني أن الهبة للمحمل
لا تصح (لانها تعليل محض)
والجنسين ليس بصالح لذلك
لان الملك بالهبة انما يثبت
بالقبض (ولا قدرة لاحد عليه
لئلا يملكه شيئا) يحصل الملك
فيه بالقبض

في الكتاب هذا اذا كان الموصي به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما في اسم المال وأما اذا كان معيناً في نوع من المال فالحكم بخلافه ونقلوا عن الذخيرة ما نقلناه عن المحيط والذخيرة من التفصيل فيما مر آنفاً وقوله وبديل ماذ كره صاحب المحيط نقلاً عن الاصل أنه اذا أوصى بثلاث ماله لثلاث فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصي كان الثلث للذين حددوا من بنيه ليس بتمام لان ماذ كره صاحب المحيط هناك جواب ظاهر الرواية ولا يلزم منه أن يكون الجواب في غير ظاهر الرواية أيضاً كذلك سماع الطحاوي في أن يثبت الاتفاق بذلك وعن هذا قال صاحب البدائع ثم يعتبر ذلك من وقت الموت في ظاهر الرواية وعند الطحاوي من وقت وجود الوصية انتهى وقوله فتبين أن منشأ الاختلاف ليس بذلك بل خصوصية في المسئلة التي اعتبرها الطحاوي ولم يتنبه لها غيره وهو أن المفهوم عرفاً ولغة اذا قيل أوصيت لثلاث في بطنها بكذا كونه موجوداً في بطنها وقتئذ لا يكاد يصح اذ لا نسلم جداً أن المفهوم عرفاً ولغة اذا قيل أوصيت لثلاث في بطنها بكذا كونه موجوداً وقتئذ بل يكفي كونه موجوداً وقت موت الموصي اثبت حكم الوصية عند موته وكيف يتصور من أساطين الفقهاء سيما أصحاب ظاهر الرواية أن لا يتنبهوا لما يفهم من الكلام عرفاً ولغة ولا ينبغي أن ينسب إلى أحد منهم الغفلة عن شيء من اللغة والعرف فضلاً عن الغفلة عنهم ماعداً وقوله لان المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت تحكم بحكم بل المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها وأما كون ثبوته في وقت الوصية أو في وقت الموت فأمر خارج عن مفهوم نفس اللفظ وانما المعنى له شيء آخر هو محل الاجتهاد من الفريقين وقديسه صاحب البدائع بان قال وجه ماذ كره الطحاوي أن سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقت وجوده ووجه ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها في الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت انتهى ثم ان ذلك البعض قال واعلم أن في كلام صاحب الكافي هنا اضطراباً لانه دل أوله على أن اعتبار المدة من وقت الوصية فيهما أي في الموصي له وبه وآخراً دل على أنه من وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل ولم يظهر لي وجهه انتهى أقول ان صاحب الكافي قال في أول كلامه وتجوز الوصية للحمل وبالجل ان ولدت لاقبل من ستة أشهر من وقت الوصية ثم قال في آخره وأما الثاني فلانه تجرى فيه الوراثه فتجربى فيه الوصاية لما مر من أن الوصية أخت الميراث وقد تيقنا بوجوده يوم الموت متى جاءت بالولاد لاقبل من ستة أشهر من يوم الموت انتهى فيجوز فيه الوجهان أحدهما أن يكون المضاف مقدراً في قوله من وقت الوصية فيكون المعنى من وقت وجوب الوصية ولا يخفى أن وقت وجوب الوصية هو وقت موت الموصي فيوافق أول كلامه آخره وقد أشار صاحب معراج الدراية إلى تأويل كلام المصنف بهذا الوجه ليوافق كلامه ماذ ذكر في المبسوط وثانيهما أن يكون مراده بإيراد آخر كلامه مخالفاً لأوله هو الإشارة إلى وقوع الروايتين في تعيين أول المدة التي يعلم فيها وجود الحمل في البطن وقد خفي على ذلك البعض كل من ذينك الوجهين حيث قال لم يظهر لي وجهه ثم انه أخطأ في قوله وآخراً دل على أنه من وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل فان الذي في آخره انما هو الوصية بالجل لا الوصية للحمل لانه قال فيه وأما الثاني ولا ريب أن الثاني في قوله وتجوز الوصية للحمل وبالجل هو الوصية بالجل ثم ان الزيلعي قال في شرح الكنز كوفي الكافي ما يدل على أنه ان أوصى له يعتبر من وقت الوصية وان أوصى به يعتبر من وقت الموت انتهى أقول ليس ذلك أيضاً سديداً لان عبارة الكافي في أول الكلام هكذا وتجوز الوصية للحمل وبالجل ان ولدت لاقبل من ستة أشهر من وقت الوصية ولا يخفى أن قوله من وقت الوصية ان لم يتعلق بقوله بالجل فقط لكونه قريناً منه فلا أقل من أن يتعلق بجموع قوله للحمل وبالجل فن أن يدل ذلك على اختصاص الاعتبار من وقت الوصية بما اذا أوصى له نعم ماذ كره صاحب

(وأما الثاني) وهو الوصية به (فلانه) أي (الحمل بعرضية الوجود اذا الكلام) فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقبل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة ولقائل أن يقول في كلام المصنف تناقض ظاهر لانه لا يعلم وجود شيء الا بعد أن يكون موجودا واذا كان موجودا لا يكون بعرض الوجود والجواب أن معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه ومعنى قوله اذا علم وجوده تحققه وكونه في بطن الام فاندفع التناقض وقوله (وبابها أوسع الحاجة الخ) وان اختلف في ذهنك تناقض آخر بين سعيه لاثبات الوجود لجواز الوصية وتوضيحه للجواز بصحتها في غير الموجود فالجواب ستمعه ان شاء الله تعالى وقوله (ومن أوصى بجارية) يعني من قال أوصيت بهذه الجارية لفلان الاجلها صحت الوصية والاستثناء جميعا (لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا) لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناءه من الجارية كقيمصها وسراويلها مما يتلبس بها وفيه إشارة الى ما يقال الحمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد والرجل لم يجر فكذلك الحمل وذلك لان اسم الجارية يتناولهما (٤٣٧) فان قيل كيف صح الاستثناء وهو

نصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب أن صحته باعتبار تقرير ملك الموصي فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال أوصيت لفلان بأف درهم الا فرسا فان الوصية في الاف صحيحة والاستثناء أيضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه عن المستثنى منه فانه لم يكن داخلا فان قيل لان اسم الجارية لا يتناول الحمل فانه لو لم يستثن استحققه الموصي له ولو لم يتناوله لما استحقه كغيره من أحواله أجاب بقوله ولكنه يستحق بالاطلاق تبعاعني انه لم يتناوله بالعموم بل يستحق اذا أطلق الموصي عن قيد

وأما الثاني فلانه بعرض الوجود اذا الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها أوسع الحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود كالثمره فلان تصح في الموجود أولى قال (ومن أوصى بجارية الاجلها صحت الوصية والاستثناء) لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعافاذا أفرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية بخلاف استثناءه وهذا هو الاصل أن ما يصح افراده بالعقد يصح استثناءه منه اذا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناءه منه وقد مر في البيوع

الكافي في آخر كلامه يدل على كون الاعتبار من وقت الموت فيما اذا أوصى بالحمل وبهذا ترد المخالفة بين أول كلامه وآخره والمخلص ما بيناهما نفا من أحد الوجهين فنصبر (قوله وأما الثاني فلانه بعرض الوجود اذا الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية) قال صاحب العناية في شرح هذا الحمل وأما الثاني وهو الوصية به فلانه أي الحمل بعرضية الوجود اذا الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقبل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة انتهى أقول فيه خلل ظاهر فان زيادة قوله أو الموت في قوله من وقت الوصية أو الموت مع كونها غير مطابقة للشروح تقتضي أن لا يصح قوله وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة اذ على تقدير أن وضعت لاقبل من ستة أشهر من وقت موت الموصي لا يعلم وجوده وقت الوصية أصلا فيما اذا مضى بين الوصية والموت مدة يصير بها زمان وضع الحمل أكثر من ستة أشهر من وقت الوصية وهذا مما لا ستره به (قوله ومن أوصى بجارية الاجلها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعافاذا أفرد الام بالوصية صح افرادها) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل ينتقض بصورة البيع فانه اذا باع جارية الاجلها فسد البيع مع امكان جريان هذا التعليل هناك أيضا لا يقال انما فسد البيع لاصل وهو أن ما لا يصح افراده بعقد لا يصح استثناءه من ذلك العقد

الافراد فاذا أفرد الام لم يبق مطلقا بل تقيدت الام بالافراد فصحت الوصية به مفردة وقوله (ولانه يصح) قد ذكره في البيوع

(قوله فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقبل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة) أقول فيه بحث فانها اذا وضعت لاقبل من ستة أشهر من موت الموصي لا يعلم وجود الحمل وقت الوصية اذ قد يكون بين الموت والوصية شهر أو شهران أو يزيد فليتأمل (قوله والجواب ستمعه) أقول في آخر باب الوصية بالخدمة والسكنى حيث فرق المصنف بين الثمرة المعدومة والولد المعدوم (قوله ولا هو داخل في الموضوع) أقول عطف على قوله ليس بموضوع (قوله وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناءه) أقول الاستدلال بهذا على عدم صحة الاستثناء أظهر مما لا يخفى على من يعرف معنى الاستثناء ثم قوله صح استثناءه يعني لتقرير الملك (قوله لان اسم الجارية يتناولهما) أقول ان أراد مقصودا فليس كذلك وان أراد تبعافا للحمل كذلك (قوله كما لو قال أوصيت لفلان بأف درهم الا فرسا) أقول فيه بحث فانه صرح في كتاب الاقرار أن ما لا يتناوله اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعافا لا يصح استثناءه لان الاستثناء نصرف لفظي ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح في الاقرار أيضا استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والخلعة من البستان فليتأمل في الفرق

قال (ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية) (٤٣٨) الرجوع عن الوصية جائز لوجهين أحدهما أنه تبرع لم يتم لان تمامها

بموت الموصي والتبرع التام كالهبة جاز الرجوع فيه ففيما لم يتم أولى والثاني أن القبول يتوقف على الموت واليجاب المفرد يجوز ابطاله في المعاوضات كافي البيع ففي التبرع أولى ثم الرجوع قد يكون صريحا وهو أن يقول رجعت عما أوصيت به لفلان وقد يكون دلالة وله أنواع ذكر المصنف لها في الكتاب ضوابط هي جامعة واضحة وقوله (وان جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد) اعلم أن محمدا ذكر في الجامع أن رجوع الوصية ليس برجوع وذكر في المبسوط أنه رجوع فن مشايخنا من محل المذكور في الجامع على الجحد في غيبة الموصي له وهو ليس برجوع في الروايات كلها لان الجحد انما يلتفت اليه اذا صح الانكار والانسكار على الغائب لا يصح لانه من باب المعارضة المقضية معارضا والمذكور في المبسوط محمول على الجحد بخضرة الموصي له وهو رجوع في الروايات كلها الصحة الانكار حينئذ ومنهم من جعل المذكور في الجامع على صورة الجحد لا على الجحد الحقيقي فانه قال فيه اذا أوصى الرجل لرجل بثلاث ماله ثم قال لقوم

قال (ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية) لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت واليجاب يصح ابطاله قبل القبول كافي البيع قال (واذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا) أما الصريح قطاهر وكذا الدلالة لانه لا يعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عدنا هذه الافعال في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصي به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلقه باليمن والدار يلقى فيه الموصي والقطن يحشوه وبالبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تخصيص الدار الموصي بها وهدم بناها لانه تصرف في التابع وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين الموصي به ثم اشتراها أو وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا أزاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصي بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى أصلا أيضا وغسل الثوب الموصي به لا يكون رجوعا لان من أراد أن يهطى ثوبه غيره بغسله عادة فكان تفسيره قال (وان جحد الوصية لم يكن رجوعا) كذا ذكره محمد

والجمل مما لا يصح افراده بالبيع فلا يصح استثناءه منه كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع بخلاف الامر في الوصية فان افراد الجمل بالوصية يصح فكذا استثناءه منها كما سأتى في التعليق الثاني لانا نقول ذلك الفرق موجب التعليق الا ترى وكلا منافي هذا التعليق الاول فلامعنى للخط ثم ان صاحب العناية قال في شرح أول هذا التعليق لان اسم الجارية لا يتناول الجمل لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية يصح استثناءه من الجارية كقبيلها وسراويلها مما يتلبس بها انتهى أقول مقتضى تقريره هذا أن يكون قول المصنف لان اسم الجارية لا يتناول الجمل لفظا صغرى لقياس من الشكل الاول كبراء مطوية وهي قوله وما لا يتناوله اسم الجارية يصح استثناءه من الجارية وأن يكون ذلك القياس وحده دليلا مستقلا على صحة استثناء الجمل في مسئلتنا هذه لكن فيه بحث وهو أنه كيف يتم الاستدلال بعدم تناول اسم الجارية للجمل على صحة استثناءه منها ومعنى الاستثناء يقتضى خلاف ذلك فان معناه هو الانحارج عما يتناوله صدر الكلام كما هو المتعارف أو المنع عن دخول بعض ما تناوله صدر الكلام كما اختاره صاحب التوضيح وقال المصنف في باب الاستثناء من كتاب الاقرار الاستثناء ما لو لا مدخل تحت اللفظ وعلى كل من التعبيرات فتناول صدر الكلام للمستثنى مما لا بد منه في الاستثناء الحقيقي الذي هو المتصل وأما المنقطع فصيغة الاستثناء مجازية كما عرف في محله سيما في كتب الاصول ويمكن أن يقال ان صيغة الاستثناء وان كانت مجازا في المنقطع الا أن لفظ الاستثناء حقيقة اصطلاحية في القسمين معا كما نص عليه صاحب التلويح في فصل الاستثناء فيجوز أن يراد بالاستثناء المذكور في هذه المسئلة هو الاستثناء المنقطع وهو لا يقتضى تناول صدر الكلام للمستثنى بل ينافي ذلك فيتم التفسير وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وفيه إشارة الى ما يقال الجمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد والرجل لم يجز فكذلك الجمل وذلك لان اسم الجارية يتناولهما انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله لان اسم الجارية يتناولهما حيث قال ان أراد مقصودا فليس كذلك وان أراد تبعا فالجمل كذلك انتهى أقول هذا في غاية السقوط اذ لا شك أن المراد أن اسمها يتناولهما مقصودا وقوله فليس كذلك ليس بشئ اذ لا ريب أن اسم الجارية فيما اذا قال أوصيت

وقال

(الجامع) أقول يعني في الجامع الكبير (قوله وهو رجوع في الروايات كلها) أقول على قول هؤلاء المشايخ

وقال أبو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والرجوع نفي في الماضي والحال فأولى أن يكون رجوعا

اشهدوا اني لم أوص لفلان
لا بقليل ولا بكثير لا يكون هذا
رجوعا لان قوله اشهدوا
اني لم أوص لفلان طلب
شهادة الزور منهم فيكون
معناه قد أوصيت لفلان
بكذا الا اني سألتكم أن
تشهدوا لي بالبطل وطلب
شهادة بالبطل لا يكون
رجوعا لانه ليس به رجوع
حقيقة وما ذكره في المبسوط
على الرجوع حقيقة في وه
رجوع على الروايات كلها
ومنها من قال المذكور في
الجامع جواب القياس
والمذكور في المبسوط جواب
الاستحسان ومنها من قال
في المسئلة روايتان قال شيخ
الاسلام وهو الأصح ومنهم
من قال المذكور في الجامع
قول محمد والمذكور في المبسوط
قول أبي يوسف قال شمس
الأمّة السرخسي هو الأصح
لان المذکور في نوادره قال
سألت أبا يوسف عن رجل
أوصى لرجل بوصية ثم عد
قال يكون رجوعا وسألت
محمد أقال لا يكون الرجوع
رجوعا وهو مختار المصنف
واستدل لابي يوسف بان
الرجوع نفي في الحال والرجوع
نفي في الماضي والحال واذا
كان نفي الحال وحده رجوعا
فني الماضي والحال أولى
أن يكون رجوعا

بهذه الجارية بتناولها بجميع أجزائها الحقيقية مقصودا اذ لا معنى لاصاء الجارية بدون يدها أو رجلها
أو نحو ذلك لا متناع الانتفاع بها بدون أجزائها الحقيقية لعدم انفكاكها عنها بخلاف الجمل فإنه ليس
بجزء منها حقيقة قبل الانفصال أيضا بل هو بمنزلة الجزء منها عند اتصالها بها كما صرح به المصنف في
البيوع ويمكن انفكاكها عنه بوضعها ياه فخار أن لا يكون مقصودا عند ايصائها كما لا يخفى ثم قال
صاحب العناية فإن قيل فكيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب أن
صحته باعتبار تقرير ملك الموصي فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال أوصيت لفلان بالف درهم الا فرسا فان
الوصية في الالف صحيحة والاستثناء أيضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى
منه فإنه لم يكن داخلًا انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث فإنه صرح في كتاب الاقرار أن ما لا يتناوله
اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعًا لاصح استثناءه لان الاستثناء تصرف لفظي ولو صح الاستثناء باعتبار
تقرير الملك لصح في الاقرار أيضا استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والنخلة من البستان فليتنامل في
انفرق انتهى وقصد بعض المتأخرين الجواب عنه فقال فان قلت يشكل حينئذ ما ذكر في كتاب الاقرار
أنه لو قال هذه الدار لفلان الابناء هاهنا فانه لا يصر له الدار والبناء لان الدار اسم لما أدبر عليه الخط والبناء
يدخل تبعًا والاستثناء انما يصح مما يتناوله الكلام نصًا لا تبعًا فلم يحكموا بابطال الاستثناء هناك ولم
يصحوه باعتبار تقرير الملك كما صحوا به هنا قلت انما لم يصحوا ذلك لاستلزامه ابطال حق ثبت بالاقرار
ولا يلزم ذلك في الوصية لانها تبرع يصح الرجوع عنه غايته أن يحمل الاستثناء على الرجوع عنها في حق
التابع انتهى أقول جوابه ليس بمستقيم فان ابطال حق ثبت بالاقرار انما يلزم في تلك المسئلة المذكورة في
كتاب الاقرار على تقدير أن لا يصح الاستثناء فيها ولا يجعل البناء للقرلة وأما على تقدير أن يصح الاستثناء
فيها فلا يلزم ابطال ذلك أصلا اذ يصير الاقرار حينئذ مخصوصا بماء عند البناء اذ قد تقررت في مباحث
الاستثناء أن حكم الكلام يتوقف فيما وقع فيه الاستثناء على تمام الكلام بذكر المستثنى فيثبت الحكم
فيما عدا المستثنى فيصير معنى قوله مثلا هذه الدار لفلان الابناء هاهنا على تقدير أن يصح الاستثناء غير
بناء هذه الدار لفلان وبهذا يدفع التناقض المتوهم بين أول الكلام وآخره في أمثلة الاستثناء فظهر
أنه لو صح الاستثناء في مسئلة الاقرار لم يستلزم ذلك ابطال حق ثبت بالاقرار قط ثم ان المصير الى جمل
الاستثناء فيما نحن فيه على الرجوع عن الوصية في حق التابع ليس بسديد أيضا اذ لو كان الأمر كذلك
لما احتج الى شيء من التعليلين المذكورين في الكتاب لمستلزام هذه ولزم أن يكون ذلك من قبيل التزام
ما لا يلزم فان مسئلة جواز الرجوع عن الوصية تنجي بتفصيلها وتفاديعها بعد هذه المسئلة (قوله)
وقال أبو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والرجوع نفي في الماضي والحال فأولى أن يكون
رجوعا قال بعض المتأخرين قلت هذا كلام ظاهري والا فالنفي في الرجوع عنها بمعنى فسحها ورفعها
وفي الرجوع بمعنى سلبها ونفي وقوعها وأين هذا من ذلك انتهى أقول ليس المراد بقول أبي يوسف ان الرجوع
الوصية يكون رجوعا عنها أن الرجوع والرجوع متحدان معني بل المراد أنهما متحدان حكما وهو ابطال
الوصية بان لا يثبت الملك للموصي له في تركه الموصي فكون النفي في الرجوع بمعنى الفسخ وفي الرجوع بمعنى
سلب الوقوع انما ينافي الاتحاد في المعنى لا الاتحاد في الحكم ومبني استدلاله المذكور على الثاني دون
الأول فلا محذور على أن ما ذكره ذلك البعض على تقدير وروده انما يؤل الى ما ذكره المصنف في

(ولمجد أن الجحود) وهو أن يقول لم أوص لفلان أو ما أوصيت له (نفي في الماضي) لكونه موضوعا لذلك والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك أن ثبت ما لم يغير وإذا كان الكذب ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده إذا فرض أنه أوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغوا وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله وإذا كان ثابتا في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة عن المطلوب فتأمل وقوله (أولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال) دليل آخر لتحقيقه أن أحدهما مركب من النفي والاثبات والآخر مجرد النفي فلا يكون الجحود رجوعا حقيقة ولا العكس أيضا وفيه نظر من وجهين أحدهما (٤٤٠) أنه قال في الدليل الأول أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال

ضرورة ذلك وههنا قال والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناسف والثاني أنه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا لكلام العاقل عن الإلغاء والجواب عن الأول أن قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعه حقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعه وهو الأول فلا تنافي وعن الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في اللفاظ الشرعية على ما قررناه في الأقوار والتقارير ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة يعني مستعارة الإطلاق لأن الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي والإطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارتهما للآخر

ولمجد أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وإذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا أولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة

التعليل الثاني لمجد درجة الله كما لا يخفى على التأمل فلا وجه لتسببه إلى نفسه بقوله قلت (قوله ولمجد أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وإذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا) قال صاحب العناية في شرح هذا التعليل ولمجد أن الجحود وهو أن يقول لم أوص لفلان أو ما أوصيت له نفي في الماضي لكونه موضوعا لذلك والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك أن ثبت ما لم يغير وإذا كان الكذب ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده إذا فرض أنه أوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغوا انتهى أقول فيه خلل أما أولا فلا تـجعل اسم كان في قول المصنف وإذا كان ثابتا في الحال الكذب وليس يستقيم لأن الكذب ما لم يتقدم ذكره في كلام المصنف لا لفظا ولا معنى ولا حكما فكيف يصح أن يكون اسم كان في قوله المذکور ضميرا راجعا إلى الكذب وأما ثانيا فلا تـلهو لو كان المراد ذلك لزم أن يكون قول المصنف في الحال في قوله وإذا كان ثابتا في الحال مستدركا لا طائلا فحينئذ ثبوت الكذب في الجحود يقتضي كون الجحود لغوا من غير فصل بين أن يكون ثبوت ذلك في الحال أو في غيره من الأزمان وأما ثالثا فلا تـلهو لو كان المعنى ذلك لما تحقق الفائدة من قول المصنف والانتفاء في الحال ضرورة ذلك فإنه إذا كان الكذب في جحوده ثابتا بناء على كون الفرض أنه أوصى ثم جحد كان جحوده لغوا باطلا لا حكم له أصلا سواء كان الانتفاء في الحال من ضرورة ذلك أو لم يكن من ضرورته ثم قال صاحب العناية وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله وإذا كان ثابتا في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتأمل انتهى أقول فيه نظر لأن المصادرة على المطلوب إنما تلزم أن لو كان معنى كلام المصنف وإذا كان الوصية أو الحق ثابتا في الحال لعدم كون الجحود رجوعا كان الجحود لغوا وليس معناه ذلك بل معناه وإذا كان الإيصال أو الحق ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده إذا فرض أنه أوصى فيما مضى ثم جحد كان الجحود لغوا حيث كان النفي في الماضي باطلا لظهور الكذب فبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال ولا مصادرة في هذا كما لا يخفى على ذي مسكة (قوله أولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة) قال في العناية فيه نظر من وجهين أحدهما أنه قال في الدليل الأول أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وههنا قال والجحود نفي في الماضي

(قوله وإذا كان الكذب ثابتا في الحال) أقول لا يخفى عليك أن الكذب غير مذكور ههنا ولا هو في حكم المذکور (ولو حتى يرجع إليه الضمير أيضا إذا كان المراد ذلك كان التقييد بقوله في الحال خاليا عن الفائدة (قوله وكلاهما مصادرة عن المطلوب) أقول فيه بحث فإنه إذا جعل اسم كان ضميرا الوصية واستدل على صدق المقدم بما ذكره كما فعله الاتفاق لا يلزم المصادرة فإن المدعى هو عدم كون الجحود رجوعا كما لا يخفى (قوله والجواب عن الأول أن قوله الخ) أقول وبجوابه يجب أن يجاب عنه أيضا بأنه مبني على الترتل والتسليم (قوله وعن الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر إلى الماضي الخ) أقول وقد سبق منه أيضا في باب الوكالة بالخصومة والقبض

وقوله (ولو قال كل وصية

أوصيت بها) واضح وقوله
(لأن اللفظ يدل على قطع
الشركة) قيل لأنه لم يذكّر
بينهم ما حرم الاشتراك وإنما
جعل تلك الوصية بعينها غيره
وقوله (لما بينا) إشارة إلى
هذا التعليل وقوله (وقد
ذكرنا حكمه) يريد به ما تقدم
من التوقف على إجازة بقية
الورثة فإن أجازوا جازوا الأفلان

(ولو قال كل وصية أوصيت بها فلان فهو حرام وربما لا يكون رجوعا) لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل
(بمخلاف ما إذا قال فهي باطلة) لأنه المذهب المتلاشي (ولو قال آخرتها لا يكون رجوعا) لأن التأخير
ليس للسقوط كتأخير الدين (بمخلاف ما إذا قال تركت) لأنه اسقاط (ولو قال العبد الذي أوصيت
بها فلان فهو لفلان كان رجوعا) لأن اللفظ يدل على قطع الشركة (بمخلاف ما إذا أوصى به لرجل
ثم أوصى به لآخر) لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها (وكذا إذا قال فهو لفلان وارثي يكون
رجوعا عن الأول) لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه (ولو كان فلان لا تخرم ما بين
أوصى فالوصية الأولى على حالها) لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها الثانية ولم يتحقق قبلي
للأول (ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصى فهي للورثة) لبطلان الوصيتين الأولى
بالرجوع والثانية بالموت

باب الوصية بثلاث المال

قال (ومن أوصى لرجل بثلاث ماله ولا آخر بثلاث ماله ولم تجز الورثة فالثلاث بينهما) لأنه يضيق الثلث
عن حقهما إذا لم يزد عليه عند عدم الإجازة على ما تقدم وقد تساوى في سبب الاستحقاق فيستويان في
الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما (وان أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلاث
بينهما أثلاثا) لأن كل واحد منهما ما يدلى بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيقهما فيقسمانه على قدر
حقيقهما كما في أصحاب الدون فيجعل الأقل سهمًا والأكثر سهمين فصارت ثلاثة أسهم سهم لصاحب الأقل
وسهمان لصاحب الأكثر (وان أوصى لأحدهما بجميع ماله وللآخر بثلاث ماله ولم تجز الورثة فالثلاث
بينهما على أربعة أسهم عندهما وقال أبو حنيفة الثلث بينهما نصفان

والحال وبينهما تناف والثاني أنه لا يلزم من عدم كون الجود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا
صوال الكلام العاقل عن الإلغاء والجواب عن الأول أن قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي
وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو الأول فلا تنافي وعن الثاني بأن الرجوع والجود
بالنظر إلى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في اللفاظ الشرعية على ما قررناه في
الافوار والتقرير انتهى أقول برده على جوابه عن النظر الثاني أن جواز استعمال الجود في الرجوع
مجاز لا يتوقف على اعتبار علاقة المجاز التضاد بينهما حتى يلزم من عدم كون التضاد من مجوزات
المجاز في اللفاظ الشرعية أن لا يجوز استعمال الجود في الرجوع مجازا أصلا بل يجوز أن تكون
العلاقة بينهما اشتراكا في معنى خاص وهو كونهما تافيين في الحال وان كان الجود نافيا في الماضي
أيضا كما أفصح عنه في غاية البيان وعن هذا قال في الذخيرة والمبسوط والاصح قول أبي يوسف
رحم الله وجهه أن الجود كذب حقيقة إلا أنه يحتمل الفسخ مجازا فيحمل على المجاز وهو الفسخ صيانة
لكلام العاقل عن الإلغاء بقدر الامكان وأمكن جملة على الفسخ لأن الموصى بنفرد بفسخ الوصية
بمخلاف البيع والإجازة إذا جحد أحد المتعاقدين لأن هناك تهذره على الفسخ لأن أحد المتعاقدين
هناك لا يتفرد بالفسخ حتى لو جحد أحدنا قول بانفساخ العقد وبمخلاف ما لو جحد الزوج النكاح من
الأصل بأن قال لم أتزوجك لأن هناك أيضا تهذره على الفسخ لأن النكاح لا يحتمل الفسخ
ولا يمكن أن يجعل كناية عن الطلاق إذا لم يشابه بينهما لان الجود ينفي العقد والطلاق يقطع
العقد ولا ينفيه انتهى تبصر

باب الوصية بثلاث المال

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي

ولاد آخر بالسدس) واضح

وقوله (ولا يضرب أبو حنيفة) أي لا يجعل من ضرب في ماله سهما أي جعل ومفعول لا يضرب محذوف أي لا يضرب شيئا وصورة المحابة
عبدان لرجل قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بأن يباع أحدهما للفلان بمائة والاخر لفلان بمائة فانه حصلت
المحابة لاحدهما بألف والاخر بخمسة مائة والكل وصية لانه في حال المرض فان لم يكن له غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحابة بقدر الثلث
فيكون بينهما اثنتان يضرب الموصى له بالألف بحسب وصيته وهي الألف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان
هذا كسائر الوصايا على قول أبي حنيفة وجب أن لا يضرب الموصى له بالألف في أكثر من خمسمائة وصورة السعاية أن يوصى بعق
عبدين قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيرهما ان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجزوا عتقا من الثلث وثلاث ماله
ألف فاذل فبينهما على قدر وصيتهما اثنتا ألف للذي قيمته ألفان ويسمى في الباقي والثلث للذي قيمته ألف ويسمى في الباقي وصورة
الدراهم المرسلة أي المطلقة هي أن يوصى لرجل بألفين وللآخر بألف درهم وثلاث ماله ألف درهم ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما اثنتا
كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته (٤٤٣) لان الوصية في مخرجها صحيحة لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من

الثلث ولا كذلك فيما اذا
أوصى لرجل بثلاث ماله
ولا آخر بنصف ماله أو
بجميع ماله لان اللفظ في
مخرجه لم يصح لان ماله لو
كثر أو خرج له مال آخر
يدخل فيه تلك الوصية ولا
يخرج من الثلث (اهم في
الخلافية) وهي ما اذا أوصى
لاحدهما ما بجميع ماله
ولا آخر بثلاثة (ان الموصى
قصده شيئين الاستحقاق)
على الورثة فيما زاد على
الثلث وتفضيل بعض
أهل الوصايا على بعض
(وقد امتنع الاستحقاق لحق
الورثة ولا مانع من التفضيل
فيثبت كما في المحابة
والسعاية والدراهم المرسلة
ولا يخيصة أن الوصية

ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحابة والسعاية والدراهم المرسلة) اهم في
الخلافية أن الموصى قصده شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من
التفضيل فيثبت كما في المحابة واختيها وله أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من
الورثة اذ لا تفضلها بحال فيبطل أصلها والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل بطلانه كالمحابة
الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لانها نافذة في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في
المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا أوصى
بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث
تعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب كذا في النهاية والعناية (قوله وهذا بخلاف
ما اذا أوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج
من الثلث) أشار بهذا الكلام الى صورة نقض ترد على وجه الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين المسائل
الثلاث المجمع عليها وبين الخلافية وهي على ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية ما اذا أوصى بعبد بعينه
لانسان قيمته ألف وبعد آخر بعينه لانسان آخر قيمته ألفان ولا مال له سواهما فان الخلاف المذكور
نابت فيه أيضا مع انه يتصور هناك تنفيذ الوصية لكل واحد منهما في جميع ما سماه بدون اجازة الورثة
لاحتمال أن يزيد مال الميت فيخرج العبدان من الثلث وقال تاج الشريعة وصاحب العناية
في تصوير صورة النقض ههنا بان كان عبدا أوصى به لرجل وبثلث ماله لا آخر ولا مال له سوى العبد
ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وان احتمل أن يكتسب هذا العبد مالا فتصير رقبته مساوية لثلث
المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال اه (أقول) فيه خلل لان الموصى به يصير اذ ذلك
هو العبد وثلث المال ولا يتصور حينئذ تنفيذ الوصية لكل واحد من الموصى له في جميع ما سماه
بدون اجازة الورثة وان زاد مال الميت جدا لان العبد يكون زائدا على الثلث في تلك الصورة لا محالة ولا

لان

وقعت بغير المشروع وحاصله أن التفضيل انما يثبت بناء على

الاستحقاق واذا بطل الاستحقاق بطل ما ثبت في ضمنه (كالمحابة الثابتة في ضمن البيع) تبطل بطلان البيع وهذا لان الزيادة لما
بطلت بقي كل منهما موصى له بالثلث وفي ذلك يتساوى بان فكذلك ههنا (بخلاف مواضع الاجماع) يعني المحابة واختيها وهو واضح وقوله
(وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعين من تركته) صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها وقوله (وان احتمل أن يزيد المال فيخرج
من الثلث) يعني بان كان عبدا أوصى به لرجل وبثلث ماله لا آخر ولا مال له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وان
احتمل أن يكتسب هذا العبد مالا فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال

(قوله أي لا يجعل من ضرب في ماله سهما) أقول المراد بالضرب بالضرب المصطلح بين الحساب وتفضيله في شرح الوقاية لصدر
الشريعة (قوله وصورة الدراهم المرسلة أي المطلقة) أقول يعني غير المقيدة بأنها ثلث أو نصف أو نحوهما كذا في صدر الشريعة
(قوله صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها) أقول أي على دليلها

وقوله (لان هناك الحق تعلق بعين التركة) يعني أن حق الموصي له تعلق بعين التركة وله هذا لو ملك العين بطلت الوصية وان استفاد مالا آخر وحق الورثة أيضا تعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقين بخلاف الألف المرسلة ولهذا لو ملكت بنفذ فيما يستفاد فلم تعلق بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه قال (ومن أوصى بنصيب ابنه) ومن أوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وان لم يكن له ابن صحت (وان أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) كان له ابن أول يكن (لان الأول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت) بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا تجوز (والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر بقدره) وقال زفر جازت الأولى كالثانية تنظر الى حال الوصية فان المال كله في ذلك الحال لكونه حيا بعد والمالك أن يتصرف في ملكه كيف يشاء (٤٤٣) (وجوابه ما قلنا) وهو قوله لان الأول

وصية بمال الغير (قوله ولو أوصى بهم من ماله) معناه فله السدس لا يزداد عليه ولا ينقص منه فان قيل أحسن الانصباؤه اقله والتمس أقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه بما ذكر في الكتاب من الاثر واللغة أما لا ترغاروي عن ابن مسعود وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم فيما يروى أن السهم هو السدس وأما اللغة فان اياس بن معاوية قاضي بصرة قال السهم في اللغة عبارة عن السدس واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير

لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو ملك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الألف المرسلة لو ملكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال (واذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) لان الأول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر يجوز في الأول أيضا فيتنظر الى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلنا قال (ومن أوصى بهم من ماله فله أحسن سهام الورثة الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه وهذا عند أبي حنيفة وقاله مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على الثلث الا أن يجيز الورثة) لان السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد عليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله أن السهم هو السدس هو المروى عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه الصلاة والسلام فيما يروى

يصح تنفيذ ما زاد على الثلث بدون اجازة الورثة فتكون تلك الصورة مخالفة للسائل الثلاث المجمع عليها حيث أمكن في هاتيك المسائل الثلاث تنفيذ الوصية في جميع ما سماه لهم في الجملة بخلاف تلك الصورة فلا تصلح لأن تكون صورة نقض للفرق المذكور من قبل أبي حنيفة هنا بل انما تكون نظير الخلافية المذكورة من قبل (قوله لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو ملك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الألف المرسلة لو ملكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة) هذا هو الجواب عن النقض الذي أشار اليه آنفا قال الزبلي في التبيين بعد ما نقل ما في الهداية هنا وهذا ينتقض بالحجاة فانها تعلقت بالعين منه له ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث اه (أقول) ليس هذا النقض بوارد لان الحجابة متعلقة بالتمسك بالعين وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال والوصية بالسعاية بمنزلة الدراهم المرسلة وكذا بالحجابة لانها وصية بالتمسك فصارت بمنزلة المال المرسل اه (قوله ولو أوصى بهم من ماله فله أحسن سهام الورثة الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه) اعلم أن هذا المحل من مداحض هذا الكتاب ولهذا تحير الشراح في حله فقال أكثرهم منهم صاحب العناية معناه فله السدس لا يزداد عليه ولا ينقص عنه (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة انه

قال في الكافي فعلى رواية الأصل يجوز أبو حنيفة النقصان من السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير يجوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لان قوله الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط وقوله (ولا يزداد عليه) ليس في رواية الجامع الصغير فاما انه اطلع على رواية غيرهما وأما أنه جمع بينهما (وقال له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على الثلث الا أن يجيز الورثة) ومفزعهما العرف (فان السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والأقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد) أي الأقل (على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة) ولأبي حنيفة ما ذكرناه آنفا في جواب السؤال من أثر ابن مسعود وقول اياس

(قوله ولم يجوز النقصان عن السدس) أقول الى هنا لفظ الكافي (قوله وقوله ولا يزداد عليه الخ) أقول فيه تأمل فان الظاهر ان المرادني الزيادة على السدس اذا نقص أحسن السهام عن السدس لا مطلقا حيث لا يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير

وقوله (ولانه يذكرو براديه السدس الخ) (٤٤٤) مشكل وذلك لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا

وفي بعضها فيعطى الأقل
منهما وفسر الاولى بعض
الشارحين فقال يعني
ان كان أخس سهم
الورثة أقل من السدس
يعطى السدس ما ذكرنا
أن السهم عبارة عن السدس
وان كان أخس السهم
أكثر منه يعطى ذلك لان
السهم يذكرو براديه
سهم من سهام الورثة عملا
بالدليلين فان كان مراده
بقوله ذلك أخس السهم
وان كان أكثر من السدس
فليس ذلك بدليل لما ذكر
في الكتاب فان فيه الزيادة
على السدس وقد قال في
الكتاب ولا يزداد عليه وان
كان مراده السدس فإثم
عمل بالدليلين وأما الثانية
وهو قوله فيعطى الأقل
منهما يؤدي الى نقصان
عن السدس وفي الكتاب
الآن ينقص عن السدس
فيتم له السدس

(قوله وقد قال في الكتاب
ولا يزداد عليه) أقول
فيه بحث اذ ليس المراد
نفي الزيادة مطلقا بل على
تقدير كون أخس السهم
ناقصا من السدس فيصلح
ذلك دليلا لما في الكتاب
ثم يرد عليه أن العمل
بالدليلين يوجد اذا أعطى
السدس اذا كان أخس
السهم أكثر وأعطى ذلك

اذا كان أقل مع ان فيه العمل بالمتيقن فجعل ما ذكره دليلالرواية المبسوط أولى كما لا يخفى

ولانه يذكرو براديه السدس فان اياها قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكرو براديه سهم من
سهام الورثة فيعطى

لو كان المراد هذا المعنى لما كان لادائه بمنزلة هذا التركيب المعضل المشوش وجه وهل يليق هذا بمنصب
المصنف وقال بعضهم معنى قوله ولا يزداد عليه في هذه الصورة المستثناة في الكتاب وهي ما اذا كان
أخس السهم أنقص من السدس ليوافق رواية الجامع الصغير فعلى هذا يكون ما في الكتاب ساكتا عن
بيان الحكم اذا كان أخس السهم أزيد من السدس اه (أقول) لا يخفى على الفطن ان قول المصنف
رحمه الله في تعليل قول أبي حنيفة في هذه المسئلة وله أن السهم هو السدس الخ يقتضي أن يكون
ما للموصى له في هذه المسئلة عنده هو السدس مطلقا أي سواء كان أخس السهم هو السدس أو ناقصا عنه
أو زائدا عليه فلا مجال لأن يكون ما في الكتاب موافقا لرواية الجامع الصغير على مقتضى التعليل
المدكور فان في رواية الجامع الصغير يجوز الزيادة على السدس دون النقصان عنه والتعليل المذكور
ينافي ذلك وقال صاحب العناية فان قيل أخس الانصاء أقله والثلث أقل من السدس فكيف جعله
معنى السدس قلت جعله بمعناه لما ذكره في الكتاب من الاثر واللغة اه (أقول) الجواب منظور
فيه لان ما ذكره في الكتاب انما يستدعي جعل السهم بمعنى السدس لاجل أخس الانصاء الذي هو
أقلها بمعنى السدس وكلام السائل في الثاني دون الاول كما ترى والحق في الجواب ما يفهم مما ذكر
في النهاية نقلا عن المبسوط وهو ان أقل الانصاء باعتبار الاصل وهو القرابة انما هو السدس وأما
الثلث فانهما هو أقلها باعتبار العارض وهو الزوجة وما يكون عارضا في مناجاة ما هو أصل كالعدم
فيحمل اللفظ على أقل ما يستحق من السهم بالقرابة وهو السدس ثم قال صاحب العناية واعلم أن
عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضوع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء وسبب ذلك اختلاف
رواية المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي فعلى رواية الاصل يجوز أبو حنيفة النقصان عن السدس
ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير يجوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان
عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لان قوله الآن ينقص عن السدس فيتم له
السدس ليس في رواية المبسوط وقوله ولا يزداد عليه ليس في رواية الجامع الصغير فاما أنه اطلع على رواية
غيره ما واما انه جمع بينهما ما الى هنا لفظ العناية (أقول) كيف يتصور الجمع بينهما وقد صرح
في الكافي بأن أبا حنيفة جوز على رواية الاصل النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس
وجوز على رواية الجامع الصغير الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ونقل صاحب
العناية ما في الكافي على وجه الارتضاء ومعنى رواية المصنف على ما صرح به الشارح المزبور في صدر
المسئلة ان أبا حنيفة رجه الله لم يجوز النقصان عن السدس ولا الزيادة عليه فلا جرم تكون هذه الرواية
منافية لكل واحدة من روايتي المبسوط والجامع الصغير لا تحمل الجمع بينهما كما لا يخفى فلا وجه لقوله
واما انه جمع بينهما وأورد بعض الفضلاء على قوله وقوله ولا يزداد عليه ليس في رواية الجامع الصغير
حيث قال فيه تأمل فان الظاهر ان المراد نفي الزيادة على السدس اذ انقص أخس السهم عن السدس
لامطلقا حينئذ يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير اه (أقول) ليس هذا مستقيما فان التعليل
الذي ذكره المصنف من قبل أبي حنيفة رجه الله تعالى بقوله وله أن السهم هو السدس الخ يقتضي
لا محالة أن يكون المراد بما في الكتاب نفي الزيادة على السدس مطلقا كما يقتضي أن يكون المراد به نفي
النقصان عن السدس مطلقا فلا مجال لأن يكون المراد به رواية الجامع الصغير كما لا مجال لأن يكون المراد
به رواية الاصل وقد كنت نهيت عليه فيما مر آنفا (قوله ولانه يذكرو براديه السدس الخ) قال

وأبضا قوله (ما ذكرنا) أن أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لأنه يتم بقول أبياس وإن أراد به الأقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء إلى النقصان عن السدس وأرى أن المراد بقوله ما ذكرناه هو الأقل منهما ليكون معنى السختين واحدا وأشار بذلك إلى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيه بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه ليس رواية واحدة وإنما هو مركب من روايتين فإن كان هذا مراده فهو كما ترى تعمية وإن كان غير ذلك فانه أعلم به وجهه المقلد وموعه وصورة المسئلة ما إذا أوصت المرأة بسهم من مالها ثم ماتت وترك زوجها بنتا على رواية الجامع الصغير يعطى السدس في قول أبي حنيفة (٤٤٥) وعندهما يعطى الربع أي مثل الربع فيعطى الخمس فجعل المسئلة

ما ذكرناه قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزة

صاحب العناية قوله ولأنه يذكر ويراد به السدس الخ مشكل لأنه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرناه في بعضها فيعطى الأقل منهما وفسر الأولى بعض الشارحين فقال يعني أن كان أخس سهام الورثة أقل من السدس يعطى السدس لما ذكرنا أن السهم عبارة عن السدس وإن كان أخس السهام أكثر منه يعطى ذلك لأن السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عـ لا بالدليلين فإن كان مراده بقوله ذلك أخس السهام وإن كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فإن فيه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب ولا يزداد عليه وإن كان مراده السدس فأنه عمل بالدليلين اهـ واعترض بعض الفضلاء على قوله وقد قال في الكتاب ولا يزداد عليه حيث قال فيه بحث إذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقا بل على تقدير كون أخس السهام ناقصا عن السدس فيصلح ذلك دليلا لما في الكتاب اهـ (أقول) قد مر منا غير مرة أن قول المصنف رحمه الله في تعليل هذه المسئلة من قبل أبي حنيفة بقوله أنه أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه إلى النبي عليه السلام يقتضي كون المراد من مسئلة الكتاب نفي الزيادة مطلقا فلا يصلح ما ذكره بعض الشارحين دليلا عليه كما قاله صاحب العناية ثم قال صاحب العناية وأما الثانية وهو قوله فيعطى الأقل منهما فتؤدي إلى النقصان عن السدس وفي الكتاب إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس وأبضا قوله ما ذكرنا أن أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لأنه يتم بقول أبياس وإن أراد به الأقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء إلى النقصان عن السدس اهـ وقصد بعض الفضلاء أن يجب عن قوله وأبضا قوله ما ذكرنا الخ حيث قال لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكر ويراد به السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعينه بأثر ابن مسعود رضي الله عنه فليتنامل اهـ (أقول) ليس هذا بشئ لأن أثر ابن مسعود رضي الله عنه هو الدليل الأول فلو كان معنى الدليل الثاني ما ذكره ذلك القائل كان مدار هذا الدليل أيضا أثر ابن مسعود في لزوم التكرار والاستدراك كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية وأرى أن المراد بقوله ما ذكرناه هو الأقل منهما ليكون معنى السختين واحدا وأشار بذلك إلى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيه بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه ليس رواية واحدة وإنما هو مركب من روايتين اهـ

فيعطى الخمس فجعل المسئلة على قوله على ستة لحاجتنا إلى السدس للموصى له سهم بقيت خمسة للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب في أصل المسئلة يخرج الكسر وهو أربعة تبلغ أربعة وعشرين كان للموصى له سهم يضرب في أربعة فهو أربعة وهو سدس المال بقي عشرون للزوج منه الربع وهو خمسة والباقي للبت وعلى قولهما على خمسة يزداد مثل أخس سهام الورثة وهو واحد على الفريضة وهي أربعة فتصير خمسة يعطى الموصى له سهمها والزوج سهمها وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له وما بقي للبت وإنما كان كذلك لأن الموصى أوصى بمثل نصيب الزوج ومثل الشيء غيره فيزداد مثل الربع على الأربعة ليكون المزد مثل الربع وأما على رواية الأصل فتخرج به كثر يجبهما

وعلى هذا فس أمثالها وخزجها على الروايتين وقوله (قالوا) أي مشايخنا (كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزة)

(قوله وأبضا قوله ما ذكرنا الخ) أقول لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكر ويراد به السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعينه بأثر ابن مسعود فليتنامل (قوله وأرى أن المراد بقوله ما ذكرناه هو الأقل) أقول كيف يراد ما ذكره وأثر ابن مسعود يدل على تعيين السدس فلا يستقيم التفريع في قوله فيعطى وأرى أن ذلك ليس إشارة إلى رواية المبسوط ولا إلى رواية الجامع الصغير والافيلزم المخالفة بين الدليلين فتدبر (قوله على رواية الجامع الصغير يعطى السدس) أقول بل ذلك رواية المبسوط على ما نقله من الكافي وعلى رواية الجامع الصغير يعطى له الربع (قوله وأما على رواية الأصل فتخرج به الخ) أقول فيه نظير بل على رواية الجامع الصغير يخرج به كثر يجبهما

قال (ولو أوصى بجزء من ماله قبل للورثة أعطوه ما شئتم) لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان قال (ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أوفى مجلس آخره ثلث مالى وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أوفى غيره سدس مالى لفلان فله سدس واحد) لأن السدس ذكر معرفاً بالاضافة الى المال

ولو أوصى بجزء من ماله قبل للورثة أعطوه ما شئتم لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان (ولو أوصى ببعض من ماله أو بطائفة أو بنصيب أو بشئ فالحكم كذلك وقوله (وأجازت الورثة فله ثلث المال) فان قيل اذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال واللام يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وان أجازت الورثة لأن السدس يدخل فى الثلث من حيث أنه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل أنه أراد بها إيجاب الثلث على السدس فيجعل السدس داخل فى الثلث لأنه متيقن وجلال الكلامه على ما يملكه وهو الإيصاء بالثلث

(أقول) هذا الذى ذهب اليه سقيم جداً لا ينبغي أن يريده العاقل فضلاً عن مثل المصنف الفطن الكامل فان قوله فيعطى ماذ كرنا مذكور بصدد إقامة الدليل على ما قدمه من الرواية المخالفة لرواية المبسوط ورواية الجامع الصغير كما اعترف به هذا الشارح فيما قبل فكيف يصح منه الإشارة فى الدليل الى ما يخالف المدعى وينافيه ثم ان كون المذكور فى الكتاب من كتابين روايتي المبسوط والجامع الصغير مما لا مجال له كما بيناه فيما قبل فلا وجه لقوله وانما هو من كتب من روايتين (قوله ولو أوصى بجزء من ماله قبل للورثة أعطوه ما شئتم) لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان (قال صاحب التسهيل أقول دلت هذه المسئلة على ان أحداً لو أقر بمجهول كقوله لفلان على دين ولم يبين قدره فمات مجهولاً يجبر ورثته على البيان وكذا لو أقيم البينة على اقراره بمجهول ينبغي أن يقبل ويجبر ورثته على البيان اهـ ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ذلك قلت ماذ كره قياس مع الفارق لأن الاقرار ولو بمجهول يوجب تعلق الغيبة من وقت الاقرار فيجبر المقر على بيانه بطلب المقر له فاذا مات الجبر فى حياته بوفاته سقط سيما اذا كان بتقصير من المقر له فلم ينب عنه ورثته بخلاف الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير الا بعد موت الموصي فقبل موته لا يجبر على بيانه وبعد موته تعلق الحق بتركه ولا يمكن جبره فيجبر من يقوم مقامه احياء طبق ثابت اهـ (أقول) ليس هذا بسدس بل لانهم صرحوا بأن ليس من شرط القياس أن يكون المقيس فى معنى المقيس عليه من كل الوجوه بل يكفي الاشتراك فى علته هى مدار الحكم فى المقيس عليه فجرد الفرق بين ما نحن فيه وبين الاقرار بالمجهول فى كون تعلق حق الغيبة فى الاقرار من وقت الاقرار وفى الوصية بعد الموت لا يضر بجهة القياس المنفهم مما ذكره صاحب التسهيل وانما يضر بها الفرق فى العلة التى هى مدار الحكم وهو ليس بتحقيق هنا فانه لما كان مدار ثبوت الجبر بالبيان لورثة الموصي الذين يقومون مقام الموصي احياء حق ثابت بالوصية كان ينبغي أن يثبت الجبر بالبيان لورثة المقر بالمجهول أيضاً اذا مات مجهولاً احياء طبق ثابت بالاقرار فقول ذلك البعض فاذا مات الجبر فى حياته اقرار بوفاته سقط ان أراد به انه سقط عنه الحق أصلاً فليس يصحح اذا شئت انه لا تسقط حقوق العباد المتعلقة بالمال بموت من عليه الحق بل تؤخذ من تركه وان أراد به انه سقط عنه الجبر لعدم مكانه وان كان ببقى أصل الحق عليه فهو مسلم لكن لان سلم قوله فلم ينب عنه ورثته فانه لما بقى حق المقر عليه وكان ذلك عليه مجهولاً محتاجاً الى البيان اعدم امكان القضاء بالمجهول وكان من عليه الحق عاجزاً عن البيان بعدم موته كان ينبغي ان ينوب عنه ورثته فى البيان كما فى الوصية بالمجهول تأمل نقف (قوله ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أوفى مجلس آخره ثلث مالى وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه) لأن الكلام الثانى يحتمل أنه أراد به زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل أنه أراد به إيجاب ثلث على السدس حتى يصير المجموع نصفاً وعند الاحتمال لا يثبت له الا القدر المتيقن فيجعل السدس داخل فى الثلث جلالاً لكلامه على المتيقن هذا زيادة ما فى الشروح قال بعض المتأخرين بعد ذكر الدليل على هذا المنوال هكذا قالوا وهذا كما ترى جل لكلام على أحد محتمليه ولك أن تقول لما كان الكلام محتملاً للعنيين وكان القدر الثابت به يتيقن على الاحتمالين الثلث قلنا ما ثبت

وقوله (والمعرفة متى أعيدت يراد بالثاني عين الاول) قد قررناه في التقرير مستوفى بتوفيق الله تعالى قال (ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه) (ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه) (فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما) أي من الهالك والباقي (مشارك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي منه عليها وصار كما اذا كانت التركة أجناسا مختلفة) وهو القياس (ولنا أن هذا جنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق أحدهم في الواحد) أي يمكن جمع حق شائع لكل واحد في (فردوا هذا يجري فيه الجبر على القسمة) مع ما فيه من الجمع واذا أمكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقي تقديما للوصية على الارث لان الموصى له جعل حاجته في هذا المعين مقدمة على حق الورثة بقدر الموصى به فكان حق الورثة كالتبعية وحق الموصى له كالاصل والاصل في مال اشتمل على أصل وتبع اذا هلك شيء منه أن يجزئ الهالك من التبعية دون الأصل بل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف الهالك الى الربح الذي هو تبعية لا الى رأس المال (وصارت الدراهم) أي صارت الوصية بثلاث الدراهم كالوصية بالدراهم الواحد ولو أوصى بدرهم وله ثلاثة دراهم فهلك درهمان وبقي درهم وهو يخرج من الثلث كان له الدرهم فكذلك هذا وقوله (بخلاف الأجناس المختلفة) (٤٤٧) جواب عن قول زفر كما اذا كانت

التركة أجناسا ووجهه أن الجمع فيها غير ممكن فانه اذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة وأبى الباقيون فان القاضي لا يجبرهم على القسمة لان الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهي فيها متعذرة واذا تعذر الجمع تعذر التقديم لان فيه الجمع فبقى الكل مشتركين الورثة والموصى له اثنان فلهما هلك على الشركة وما بقي بقي عليها اثنان وظهر من هذا قوله ولو أوصى بثلاث ثيابه وأما اذا أوصى بثلاث ثلثة من رقيقه من جنس واحد

والمعرفة اذا أعيدت يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة قال (ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه) فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي) وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهما والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت التركة أجناسا مختلفة ولنا أن في الجنس الواحد يمكن جمع حق أحدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعنا ما في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الأجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذلك تقديما قال (ولو أوصى بثلاث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب فالوا هذا) اذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذلك المكبل والموزون بمنزلة الثياب لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة (ولو أوصى بثلاث ثلثة من رقيقه ثياب اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة) وقيل هذا على قول أبي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول أشبه للفقهاء المذكور

به من الرصبة هو الثلث لكن لا يطرق قوله على أحد محتمليه كما زعموا بل يجزئ بمنزلة أن يقال بدأ ثلث مالي وصية لان المتيقن ثبوت الثلث بمجموع الاحتمالين لا بأوله الى هنا كلامه (أقول) ليس هذا بشئ اذ لا شك أن المتيقن ثبوت الثلث بأول الاحتمالين فان زيادة السدس على السدس كما هو الاحتمال الاول يقتضي ثبوت الثلث بلا ريب وانضمام الاحتمال الثاني اليه انما يفيده جواز اعادة النصف

أو بثلاث ثلثة من الدور فليس له الا ثلث الباقي لكثرة لتفاوت هكذا أجاب محمد في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف واختلاف المشايخ (فقيل هذا قول أبي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة) فيها أنا ما على قولهم فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق فيكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقية لان للقاضي أن يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في عبيد باعتبار القيمة لا اتحاد الجنس والى هذا مال الفقيه أبو الليث والامام فخر الاسلام رقبيل المذكور في الجامع قول الكل لان عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل يجوز له (أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك) أي بدون اجتهاد القاضي وجهه (يتعذر الجمع) واذا هلك لم يكن هناك فعل من القاضي فكان المال على الشركة ما بقي وما هلك (والاول) وهو أن يكون في المسئلة اختلاف (أشبه للفقهاء المذكور) وهو أن أبا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة لانه يجزئها أجناسا مختلفة وهم يرون ذلك لانهم ما يجزئها أجناسا واحدا

(قوله لان كل واحد منهما أي من الهالك والباقي) أقول ويجوز أن يكون المعنى كل فرد من نوعي الدراهم والغنم بل هذا المعنى الأم لقوله يتوى ما توى الخ قال العلامة الاتقاني في وجه قول زفر ان الموصى له المال مشتركين الورثة والموصى له والمال المشترك اذا هلك بعضه هلك على الشركة واذا بقي بقي على الشركة فكذلك هلك هلك اثنان والذي بقي بقي اثنان وبقول زفر نأخذها والقياس انتهى وفيه فوائد لا تحصى (قوله وظهر من هذا قوله) أقول قوله قوله فاعل ظهر

قال (ومن أوصى لرجل بألف درهم) ومن أوصى لرجل بألف درهم (وله مال عين ودين فان خرج الألف من ثلث العين) بأن كان له ثلاثة آلاف درهم نقدا (دفع) الألف منه (إلى الموصى له) وان لم يخرج فان كان النقدا ألقا دفع منه إليه ثلثه (وكما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الألف لان الموصى له شريك الوارث) والا صل في المال المشترك أن يوفي حق كل من الشر كاه بلا بخش ولا بخش في حق احد بتخصيص الموصى له بالعين (٤٤٨) في الاول فيصار إليه وفي الثانية بخش في حق الورثة بتخصيص الموصى له بالعين (لان للعين

فضلا على الدين) على ما ذكرنا في الكتاب فكان فيه ما ذكرنا تعدل النظر للجانبين قيل الموصى به ألف من المال والدين ليس بمال فان من حلف أنه لا مال له لم يحتسب بدون له على الناس سلمناه وان كان لا نسلم أن الموصى له شريك الورثة مطاعا فان من أوصى لرجل بشيء معين وهو يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث ولو كان شريكه لوجب على الوارث حصة الموصى له فيما بقي من المال والجواب عن الاول أن الموصى به ألف أعسم من أن يكون مالا في الحال أو في المال لان الوصية تتعلق بالتركة وكلاهما تركة وعن الثاني بأنه شريك الوارث اذا كانت في غير معين وأما في المعين فان الوارث كالمدع لا يضمن اذا لم يتعد وقوله (ومن أوصى لزيد وعمر وثلث ماله) واضح وان دفع بقوله (فلا يراحم الحى) ما اذا أوصى لزيد وعمر وهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فان الباقي نصف الثلث لوجود المراجعة بينهما

قال (ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين فان خرج الألف من ثلث العين دفع إلى الموصى له) لانه أمكن إبقاء كل ذى حق حقه من غير بخش فيصار إليه وان لم يخرج دفع إليه ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الألف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخش في حق الورثة لان العين فضلا عن الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرناه قال (ومن أوصى لزيد وعمر وثلث ماله فاذا عمر وميت فالثلث كله لزيد) لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يراحم الحى الذى هو من أهلها كما اذا أوصى لزيد وجدار ولا تأثيره في ثبوت الثلث لثبوته بدون ذلك فالمعنى الصحيح هنا ما ذكره الجمهور لا ما زاد ذلك البعض من عند نفسه وقال صاحب العناية فان قيل اذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال والالم يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وان أجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث من حيث أنه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل أنه أراد به الإيجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخل في الثلث لانه متيقن وجلال الكلامه على ما علكه وهو الايصاء بالثلث اه (أقول) في قوله وجلال الكلامه على ما علكه وهو الايصاء بالثلث بحث لان ما علكه انما يكون هو الايصاء بالثلث اذ لم تجز الوارثة وأما اذا أجازت كما هو المفروض هنا فملك الايصاء بما زاد على الثلث أيضا ويملكه المجاز له من قبل الموصى عندها كما مر في أوائل هذا الكتاب فلا يتم هذه العلة تدبر (قوله لانه أمكن إبقاء كل ذى حق حقه من غير بخش فيصار إليه) أقول فيه تأمل فانه انما يظهر أن لو كان حق الموصى له في العين خاصة وليس كذلك بل هو شائع في العين والدين معا كما صرحوا به وقالوا الاصل فيه ان الوصية المرسلة تكون شائعة في كل المال لكون الموصى له اذذاك شريك الورثة وعن هذا لا يأخذ الألف كمالا في صورة ان لم يخرج الألف من ثلث العين وادا كان حق الموصى له شائعا في جميع التركة الذى هو العين والدين كشروع حق الورثة فيه كان تخصيص حق الموصى له بالعين في صورة ان خرج الألف من ثلث العين بخسافي حق الورثة كما في الصورة الاخرى اذ يلزم حينئذ أن يأخذ الموصى له جميع حقه من العين الذى له فضل على الدين ويأخذ الورثة بعض حقه من العين وبعض حقه من الدين وهذا بخش في حقهم لا محالة منافي لما يقتضيه حق الشراكة من تعدل النظر للجانبين فليست تأمل في الدفع ولا له تسكب فيه العبرات (قوله ومن أوصى لزيد وعمر وثلث ماله فاذا عمر وميت فالثلث كله لزيد) لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يراحم الحى الذى هو من أهلها كما اذا أوصى لزيد وجدار (قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وان دفع بقوله فلا يراحم الحى ما اذا أوصى لزيد وعمر وهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فان الباقي نصف الثلث لوجود المراجعة بينهما حال المالك ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كونه أحد الورثة بعد موت المورث اه (أقول) في تفسير الشارح المذكور هنا قصور أما أولا فلا أنه أضاف اندفاع الاشكال

بينهما حال المالك ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كونه أحد الورثة بعد موت المورث ولم يفرق بين علم الموصى بحياة وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحى منه ما لجميع الثلث بعدم المراجعة عند إيجاب الموصى وفي هذا الفرق بين العلم وعدمه

(قوله فان الباقي نصف الثلث لوجود المراجعة بينهما) أقول قد سبق أن الوصية تلك بالقبول الا في مسألة فتدكر فانه يتفهم ههنا (قوله حال المالك) أقول بمعنى حال موت الموصى

وعن أبي يوسف رحمه الله انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمره ولم يرض للحي
 الانصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية لليت اغوف فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال
 ثلث مالي بين زيد وعمر ووزيد ميت كان لعمر ونصف الثلث لان قضية هذا اللفظ أن يكون لكل واحد
 منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم ألا ترى أن من قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال
 ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال (ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق
 الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت) لان الوصية عقد واستتخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت
 حكمه بعد فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لم يبق
 ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطله لما ذكرناه
 ايجاب بعد الموت فيعتبر بقيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت وان لم
 يكن له غنم فاستفاد ثم مات

والضمير في قوله لان الوصية
 عنده للموصى والباقي
 ظاهر وقوله (ومن أوصى
 بثلث ماله) ظاهر

بالمسئلة التي ذكرها الى قوله فلا يرزاحم الحي مع ان اندفاعه بمجموع التعليل بل به قوله لان الميت ليس
 بأهل للوصية في الحقيقة وانما قوله فلا يرزاحم الحي متفرع على ذلك والاصل أن يضاف الحكم الى
 الاصل دون الفرع وأما ثانيا فلا ن الظاهر من قوله لوجود المراجعة بينهما حال الملك أن يكون
 المراد بالمراجعة المنقبة في قول المصنف فلا يرزاحم الحي هو المراجعة حال الملك وهي حال موت الموصى
 وذلك مع كونه غير تام في نفسه لانه اذا أوصى لزيد وعمر وثلث ماله وهما بالحياة فمات أحدهما قبل موت
 الموصى كان للباقي منهما نصف الثلث لا كله كما صرحوا به مع أن العلة هناك أيضا التزامهم وان التزامهم
 فيه انما يتصور في حال ايجاب الموصى لافي حال الملك اذا كان أحدهما ميتا في حال الملك ولا التزامهم للميت
 غير مطابق لما ذكره الشارح المذکور في تعليل جواب ظاهر الرواية فيما بعد حيث قال ولم يفرق بين
 علم الموصى بحياة وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي منهما لجميع الثلث بعد المراجعة عند
 ايجاب الموصى وفي هذا الفرق بين العلم وعدمه اهـ وأما ثالثا فلا ن لم يتعرض لبيان اندفاع الاشكال
 بمسئلة أخرى أيضا بعبارة الكتاب وهي أي تلك المسئلة ما اذا أوصى لزيد وعمر وهما بالحياة فمات
 أحدهما قبل موت الموصى فان للباقي نصف الثلث هناك أيضا كما ذكرنا من قبل مع ان التعليل المذکور
 في الكتاب يفسد اندفاع ذلك أيضا فالتقرير الظاهر الواسع في شرح هذا المقام ما أفاده صاحب النهاية
 حيث قال وبهذا التعليل خرج الجواب عما لو أوردوا شبهة على هذه المسئلة بأن قالوا اما الفرق بين هذه
 المسئلة وبين ما لو أوصى لزيد وعمر وهما بالحياة ثم مات الموصى ثم مات أحدهما كان للباقي نصف الثلث
 والنصف الآخر لورثة الميت منهما وكذلك لو مات أحدهما قبل موت الموصى كان للباقي نصف
 الثلث ولكن هنا كان النصف الآخر للموصى لما ان في المسئلة الاولى قد نعت الوصية لهما بموت الموصى
 ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل بقبه بل يقوم وارثه فيه مقامه كوت أحد الورثة بعد موت المورث
 وفي المسئلة الثانية لما مات أحدهما قبل موت الموصى بطلت حصته لان الوصية في معنى عقد مضاف
 الى ما بعد الموت فيشترط بقاء من أوجبه عند وجود الوصية ولم يوجد حيث مات قبل موت الموصى
 فيبطل نصيبه كالمات أحد الورثة قبل موت المورث وللاخر نصف الثلث لان الانقسام قد حصل
 بينهما عند الايجاب ليكون كل واحد منهما أهلا لايجاب الوصية له فيبطلان حق أحدهما لا يزداد
 نصيب الآخر كما لو ردا أحدهما الوصية كان للاخر نصف الثلث وهذا على خلاف مسئلة الكتاب فان
 فيها للحي كل الثلث لان الميت ليس من أهل الوصية فانما ينقص حقه باثبات المراجعة ولم تثبت
 المراجعة حيث كان الآخر ميتا فبقي الثلث للحي منهما بمنزلة ما لو قال ثلث مالي لفلان وللولي فالثلث كله

فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال بصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر بقيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما أضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بمال الشاة اذ ماليتها ان توجد في مطلق المال ولو أوصى بشاة ولم يضيفه الى ماله ولا غنم له قبل لا يصح لان الصحيح اضافته الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما أضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا أضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل

لأن الى هنا لفظ النهاية فتبصر (قوله ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما أضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم) اعلم أنه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة له موضع ولا غنم له الواقع في عبارة الهداية في وضع هذه المسئلة فقال صدر الشريعة في شرحه للوقاية واعلم أنه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة له وبينهما فرق لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم لكن اذا لم يكن له غنم لا يلزم أن لا يكون له شاة لاحتمال أن يكون له واحد لا كثير فعبارة الهداية تناوات صورتين ما اذا لم يكن له شاة أصلا وما يكون له شاة لا غنم له ففي صورتين تبطل الوصية وعبارة المتن لم تناول الا الصورة الاولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية فعبارة الهداية أشمل لكن هذه أحوط اه كلامه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في شرحه انما قال ولا شاة له ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون العكس والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد الفرد تصح الوصية بفتح عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي أو وقف يزم من حنطتي فان الحنطة اسم جنس لا اسم جمع اه وقال في حاشيته اخطأ هنا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في صورتين اه وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه حيث قال بعد نقل كلام صدر الشريعة واعترض عليه بعض الافاضل بما حاصله ان عبارة الوقاية هي الصواب وأن الحكم في وجود الفرد صحة الوصية وزعم أن الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع قلت بعد تسليم أن الغنم جمع أو اسم جمع لا اسم جنس أن نقي الغنم كما وقع في عبارة الهداية وعامة الكتب هو الصواب وأنه لا تصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الشرط عدم الجمع لا عدم الجنس كما زعمه المعترض لانه أوصى بشاة من غنمه فاذا لم يكن له غنم بل فرد لم يتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهذا هو السر في تعميم الغنم دون الشاة الى هنا كلامه (أقول) الظاهر عندي مما ذكره في تعليل هذه المسئلة أن تصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الموصى به في هذه المسئلة وهو الشاة يصير موجودا حينئذ فتصير الوصية بشيء موجود لا معدوم ولا مانع لصحة الوصية هنا سوى كون الموصى به معدوما فاذا وجدت شاة واحدة انتفى المانع نعم لا يوجد حينئذ ما أضيفت الشاة اليه من الغنم على تقدير أن يكون الغنم اسم جمع لا اسم جنس لكون المقصود من الاضافة الى الغنم تعيين ان مراده عين الشاة لا ماليتها ويحصل ذلك المقصود من مجرد الاضافة اليها ولا يقتضي وجودها البنية كوجود الشاة التي هي الموصى به وعمما يرشد الى كون جواب هذه المسئلة فيما اذا لم توجد شاة أصلا أنه قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي أو وقف يزم من حنطتي وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في شرحه لانه لما أضافه الى الغنم علمنا ان مراده الوصية بعين الشاة لانه جعله جزءا من الغنم وأنه يصلح جزءا للغنم بصورته ومعناه فصارت الوصية بشيء معدوم

وقوله (فالصحيح أن الوصية تصح) استأثر عن قول بعض المشايخ ان الوصية باطلة لانه أضاف الى مال خاص فصار بمنزلة التعيين كالأوصى به هذه الشاة ولم تكن في ملكه ثم ملك فانها غير صحيحة قال الفقيه أبو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه أضاف الوصية الى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة اضافته الى ثلث المال وقوله (وعلى هذا يخرج كثير من المسائل) فمنها ما ذكره في المبسوط بقوله لو قال بقفيز من حنطة من مالي وبثوب من مالي فانه يصح الايجاب وان لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما اذا قال من حنطتي أو من ثيابي فانه اذا لم يوجد ذلك في ملكه أو ملك قبل موته فلا شيء للموصى به والفرق ما ذكرناه

(قوله قال الفقيه أبو الليث) أقول في كتاب نكت الوصايا

قال (ومن أوصى بثلاث ماله لامهات أولاده) ما ذكره واضح صوره وتعليل خلا قوله وأصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة فانه يحتاج الى بعض بيان وهو ان الوصية لهن جائزة استحسانا والقياس أن لا تصح لان الوصية تملك مضاف الى ما بعد الموت فانما تستحق الوصية بعد موت مولاها وذلك حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة فتستحق الوصية وهي أمة والوصية لامته بشئ غير رقبته باطله وجه الاستحسان أن الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي لان الظاهر من حاله أن يقصد وصية صحيحة لا باطله والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها فان قيل الوصية بثلاث المال لعبد جائز لتناوله ثلث رقبته فكان وصية برقبته والوصية برقبته اعتناق فكيف لم تصح الوصية لها قياسا أجيب بان الوصية بثلاث المال للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكان وصية برقبته والوصية برقبته اعتناق وهو يصح منجزا ومضافا بخلاف أم الولد فان الوصية لها بذلك ليست اعتناق لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن غم وصية أصلا ولقائل أن يقول الوصية بثلاث المال اما ان صادفتها بعد موت المولى وهي حرة أو أمة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى به بثلاث المال والجواب أنها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية أيضا تواردت ان مسنة فلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبته او ذلك باطل وقوله (وإدناه في الميراث) قيد بذلك احتراز عن فصل الزكاة فان لفظ الجمع هناك منصرف الى الواحد بالاجماع بين أصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصر وفا الى الاثنين والوصية في معناه من حيث ان كلامهم ما تملك المال بعد الموت كان الجمع (٤٥١) هناك أيضا منصرفا الى الاثنين وقوله

(نجد ذلك في القرآن)
يريد به قوله تعالى فان كان
له اخوة فلا ماله السدس
والمراد بها الاثنين فصاعدا
وقد عرف في موضعه وكذا
قوله (وانه يتناول الادنى مع
احتمال الكل)

(قوله والوصية لأمنه
بشيء غير رقبته باطله)
أقول فيه بحث لان
بطلان الوصية لأمنه
بشيء غير رقبته انما هو

قال (ومن أوصى بثلاث ماله لامهات أولاده وهن ثلاث والفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم) قال رضى الله عنه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعن محمد رحمه الله انه يقسم على سبعة أسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان وأصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكاة لمحمد رحمه الله أن المذكور لفظ الجمع وإدناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وأمهات الاولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة ولهما أن الجمع الهل بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لاسيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث قال (ولو أوصى بثلاثة لفلان وللساكنين فنصفه لفلان ونصفه للساكنين عندهما) وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للساكنين ولو أوصى للساكنين واحد عندهما وعند لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه

ولا وجود له عند الموت أيضا فلا تصح اه تأمل تفهم (قوله وأصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة) وهذا استحسان وكان القياس أن لا تصح الوصية لام الولد لان الوصية تملك مضاف الى ما بعد الموت فهي

لأنها ليست من أهل أن يملك ما سوى رقبته وانما تكون وصية للوارث وليس احدى تملك العتق بوجوده في أم الولد أما الاولى فلان الموصى به يملك الوصية بالقبول وهي حينئذ حرة أهل لان تلك وأما الثانية فلانها لا تنقل الى الورثة حتى يلزم الوصية للوارث فلي تأمل (قوله فان قيل الوصية بثلاث المال لعبد جائزة ولم يعتق بعد موته) أقول وفي المحيط وفي الكافي في المنهقات من كتاب الوصايا ولو أوصى بثلاث ماله لعبد عتق ثلثه بعد موته عند أبي حنيفة لأنه من جملة مال الميت فملك ثلث نفسه كما يملك ثلث سائر أمواله ومن ملك نفسه عتق وسعى في ثلث قيمته للوارث وملك ثلث سائر أمواله لانه كالملك عنده والوصية للمكاتب صحيحة وعندهما يعتق كله ويبدأ بالعتق من الثلث فان فضل شيء دفع اليه وهي حينئذ فرع تجزى الاعتناق انتهى وفي المحيط ولو أوصى لعبد بشئ من رقبته يصح ولو أوصى له بشئ من ماله لا يصح لان العبد من أهل أن يملك رقبته وليس من أهل أن يملك ما سوى رقبته ولان الوصية لعبد بمال وصية لوارثه لان الملك في العبد والموصى به يقع لوارثه والوصية لوارثه باطله فاما الوصية بالرقبة فوصية له لا لوارثه لان الوصية بالرقبة اعتناق ولو أوصى له بثلاث ماله ورقبته أقل من ثلثه عتق لانه أوصى له بثلاث رقبته فان رقبته من مال الميت والوصية للعبد برقبته جائزة ويستحق ثلث باقي المال لانه حر وان كان الثلث أقل عتق بقدر الثلث وله ثلث ما سوى رقبته من المال لانه حر عندهما وبغزة المكاتب عند أبي حنيفة والوصية للحر والمكاتب جائزة وان بقي كان ثلث ما بقي من المال مثل ثلث السعاية يتقاصان وان كان أكثر أخذ الفضل منهم وان كان أقل أعطى الفضل انتهى كلامه

قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم) صورة المسئلة ظاهرة ودليلها وجه الاستحسان والقياس أن يكون له نصف كل مائة لأن لفظ الأشرار يقتضي التسوية عند الإطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما أوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك بوجوب أن يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة وهي تقتضي المساواة والمساواة انما تثبت اذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة مقتضى اشراكه اياهما بجهة واحدة وانما يأخذ نصف كل مائة لو كان اشراكه مع كل واحد منفردا وليس كذلك (بخلاف ما اذا أوصى لرجل بأربعمائة درهم ولا خربماتين ثم كان الأشرار) أي ثم قال لا خربماتين معهما فان له نصف كل مال لكل منهما لان تحقيق المساواة فيهم غير ممكن (لتفاوت المالين) فلا بد من العمل بحكمهم لفظ الأشرار (فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه القياس) عملا باللفظ بقدر الامكان

قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولا خربماتين ثم قال لا خربماتين معهما فله ثلث كل مائة) لان الشركة للمساواة لغة وقد أمكن اثباته بين الكل بحملناه لا اتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا أوصى لرجل بأربعمائة ولا خربماتين ثم كان الأشرار لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد بنصف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان

انما تستحق الوصية بعدموت مولاها وبعدموت مولاها حال حلول العتق بها فالعتق يحملها وهي أمة والوصية لامته بشئ غير رقبته باطلة وجه الاستحسان أن الوصية مضافة الى ما بعد عتقها الى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصى لان الظاهر من حاله أن يقصد بايصائه وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها كذا في عامة الشروح وعزاه جماعة من السراخ الى الذخيرة (أقول) فيما ذكره وامن وجه القياس نظر لان قولهم وبعدموت مولاها حال حلول العتق بها ممنوع بسل حال حلول العتق بها انما هي حال موت مولاها لا بعدموت مولاها اذ لا شك ان أم الولد تعتق حين موت مولاها ولا ينتظر عتقها الى ما بعد موته فهي بعدموت مولاها حرة فلم تكن الوصية لام الولد وصية للامة في شئ فلم يتم وجه القياس ولم يخرج الى ما تكلفوه في وجه الاستحسان واعمل الامام قاضيان والامام المحبوي عن هذا قال اما جواز الوصية لامهات اولاده فلان أو ان ثبوت الوصية وعملها بعد الموت وهن حرائر بعد الموت فتجوز الوصية لهن كما ذكره صاحب النهاية نقلنا عنهما ثم قال في العناية فان قيل الوصية بثلث المال لعبد مائة ولم يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالا منه فكيف لم تصح لها الوصية قياسا أجيب بأن الوصية بثلث المال للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزا أو مضافا بخلاف أم الولد فان الوصية ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثم وصية أصلا ولقائل ان يقول الوصية بثلث المال اما ان صادفتها بعدموت المولى وهي حرة أو أمة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب أنهم ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية أيضا توارد علتان مستقلتان على معاول واحد بالشخص وهو ثلث رقبته وذلك باطل الى هنا لفظ العناية (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السؤال الثاني وجوابه لغو من الكلام بعد أن ذكر ما قبلهما على الوجه الذي قرره لان التردد الواقع في هذا السؤال ان كان على موجب الاستحسان دون القياس فالشق الاول متعين ولا معنى لقوله فلا وجه لنفي القياس وان كان على مقتضى القياس كما هو الظاهر فالشق الثاني مختار والفرق بين أم الولد والعبد الموصى له بثلث المال قد علم في جواب السؤال الاول قطعا فلا معنى للاعادة (قوله ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولا خربماتين ثم قال لا خربماتين معهما فله ثلث كل مال لكل منهما) قال صاحب النهاية وهذا الاستحسان وفي القياس له نصف كل مائة لان لفظ الأشرار يقتضي التسوية عند الإطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما أوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك بوجوب أن يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة بينهم وهي تقتضي المساواة وانما تثبت المساواة اذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة أما اذا أخذ من كل واحد منهما نصف المائة حصل له مائة فلا تثبت المساواة بينهم فعلم بهذا انه أشركه معهم بأجهة واحدة فلا يعتبر بأشراكه اياه مع كل واحد منهما متفرقا انتهى واقتنى أثره صاحب العناية (أقول) فيه بحث لان الشركة للمساواة لغة كما صرح به المصنف فيقتضي لفظ الأشرار التسوية بلا ريب فان كان معنى قول الموصى الثالث قد اشركتكم معهما اشراكا معهما بجهة واحدة أي التسوية بين الكل لا اشراكا مع كل واحد منهما منفردا أي تسويته مع كل واحد بنصف نصيبه

لا يصلح بيان الكونه (صدر
مخالفا للسرع لان المدعى
لا يصدق الا بحجة فتعذر
اثباته افرار اطلقا من
كل وجه فلا يعتبر وجه
الاستحسان انا نعلم ان المقر
قصده هذا الكلام تقديمه
على الورثة) وهو مال لذلك
في الثلث وامكن تنفيذه
بطريق الوصية فينفذ فان
قبل لو كان قصده الوصية
اصرح بها اجاب بقوله (وقد
يحتاج) اى المقر الى مثل
هذا الكلام لعله بأصل
الحق الذى عليه دون مقداره
سعيامنه في تفرغ ذمته
فجعلها) اى هذه الوصية
(وصية جعل التقدير فيها
الى الموصى له كانه قال
اذا جاءكم فلان وادعى
شيا فاعطوه من مالى
ماشاء وهـ هذه معتبرة من
الثلث فلهذا يصدق الى
الثلث دون الزيادة) وقوله
(فان اوصى بوصايا غير
ذلك الخ) واضح وحاصله
انه تصرف يشبه الاقرار
لفظا ويشبه الوصية
تنفيذا فباستبار شبه
الوصية لا يصدق فى الزيادة
على الثلث وباعتبار شبه
الاقرار يجعل شائعا فى
الاثنان ولا يخص

بمعينه فلا معنى لوجه القياس المذكور وان كان معناه هو الثاني فلا معنى لوجه الاستحسان المذكور وبالجملة ما ذكره الشارحان المزبوران من وجهي القياس والاستحسان معنيان متضادان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد فعني كلام الموصي لغة وعرفا أحدهما لا غير فلم يصلح هذه المسئلة لقياس والاستحسان على ما ذكره وعن هذا لم أر أحدا ذكر القياس والاستحسان في هذه المسئلة سوى ذينك الشارحين والذي يظهر من كلام المصنف هو أن التسوية بين الكل هو المعنى فيما أمكن تحقيق المساواة بين الكل ولا يحتمل على المساواة مع كل واحد بنصف نصيبه عملا باللائظ بقدر الامكان وبهذا فرق بين المسئلتين كما ترى ولا غبار فيه (قوله وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان) يعني لا يحكم به الا اذا قرن ببيان من جهة المقر وقد فات بعونه كذا في العناية وغيرها (أقول) لغائل أن يقول لم لا ينوب عنه الورثة في البيان كافي الوصية بالمجهول مثل ان أوصي بجزء من ماله فانه يقال هنالك للورثة أعطوا ما شئتم بناء على انه مجهول يتناول القليل والكثير والورثة قائمون مقام الموصي فالهسم البيان كما هو في الكتاب فتأمل (قوله واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ الخ) قال صاحب العناية حاصله انه تصرف يشبه الاقرار افظا ويشبه الوصية تنفيذا فباستبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباستبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين اه وقد سبقه تاج الشريعة الى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه (أقول) فيه كلام وهو أن العمل بمجموع الشبهين ان كان أمرا واجبا كما هو الظاهر المعروف فبالهـم لم يعملوا بشبه الاقرار في هذا التصرف اذا لم يوص بوصايا غير ذلك كما تقدم بل جعلوه وصية جعل التقدير فيها الى الموصي له كما اذا قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ولم يعتبروا شبه الاقرار قط حيث

(قوله فما اعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة) أقول فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لا في الثلث ولا في أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل

وعلى كل فريق منهما البين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال (ومن أوصى لأجنبي ولوارثه فلا جني نصف الوصية وتبطل وصية الوارث) لانه أوصى بما عاك الأوصاء وبما لا عاك فصم في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا أوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح من اجا فيكون الكل لحي والوارث من أهلها ولهذا تصح باجازه الورثة فافترقا وعلى هذا اذا أوصى للقاتل وللأجنبي

لم يجعلوا له حكما أصلا في تلك الصورة وان لم يكن ذلك أمرا واجبا فكيف يصلح ذلك تعليلا لجواب هذه المسئلة في هذه الصورة واعتراض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لافي الثلث ولا في أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل اه
وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال في الحاشية بعد نقل ذلك قلت بعد تسليم ذلك ان عدم التصديق في الزيادة على الثلث لا يوجب التصديق في الثلث فالمعنى لا يصدق في صورة دعوى الزيادة بل يؤخذ بقولهم فلا اعتبار فيه فتأمل اه (أقول) ليس هذا مستقيم فان مراد ذلك المعارض أنه لا يؤخذ بقول المدعى في هذه الصورة لافي الثلث ولا في أقل منه كالا يؤخذ بقوله في الزيادة على الثلث بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا بالغاميا بلغ من أين يظهر اعتبار شبه الوصية وليس مراده أن قول صاحب العناية فماعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة يدل على أن يصدق في الثلث ومادونه وليس كذلك حتى يتم الجواب عنه بما ذكره ذلك الجيب تأمل تقف ثم ان الامام الزليعي استشكل هذا المحل بوجه آخر حيث قال في شرح الكنز هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وههنا الزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث لان أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في أيديهم من الثلث شيء فوجب أن لا يلزمهم تصديقه انتهى (أقول) هذا الاشكال ساقط جدا اذا يلزم الورثة في هذه الصورة ان يصدقوه الى الثلث كالا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وانما اللازم لهم ولا أصحاب الوصايا في هذه الصورة أن يصدقوه فيما شاءوا وليس في هذه الصورة الزام الورثة أن يصدقوه في أكثر من الثلث فان أصحاب الوصايا فيما اذا كانت الوصايا تستغرق الثلث كله لا يأخذون الثلث بطريق التملك التام بل انما يأخذونه بطريق العزل والافراز فكان ذلك الثلث باقيا على حكم جواز تصرف الورثة فيه بتصديقهم المدعى فيما شاء ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث في أيديهم من جهة العزل والافراز ولئن سلم عدم بقاء ذلك الثلث المخصوص في أيديهم من كل الوجوه حتى من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديقهم المدعى أيضا فيكون جواز التصرف لهم في مطلق الثلث الشائع في جميع المال وعن هذا قالوا ان هذا تصرف يشبه الاقرار والوصية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا عملا بالشبهين تأمل ترشد (قوله وعلى كل فريق منهما البين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك) قال بعض المتأخرين ينبغي أن لا يحلف الورثة اذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه ويحلف أصحاب الوصايا بالبقا من الثلث في أيديهم فتأمل اه (أقول) ليس هذا بكلام صحيح أمأقوله ينبغي أن لا يحلف الورثة اذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه فلا تحلف الورثة فيما اذا كان ما ادعاه زائدا على الثلث ليس بموجب هذه المسئلة بل لكون المدعى هناك ممن يدعي حق لنفسه من تركه الميت ولا ريب أن ادعاه ما زاد على الثلث من تركه الميت لا يمنع صحة الدعوى فاذا صحت الدعوى فلا جرم يحلف الورثة اذا أنكر واوأقوله ويحلف أصحاب الوصايا بالبقا من الثلث في أيديهم فلا تدعى الدين لا يختص بالثلث الذي في أيدي أصحاب الوصايا بل يختص بثلث مال الميت وهذا

وقوله (ومن أوصى لأجنبي ولوارثه) ظاهر

وقوله (وهذا) أي هذا الإيصاء (بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه ولا جنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي) كالأصح في حق الوارث (لان الوصية إنشاء تصرف) أي ابتداء تمليك من غير أن يكون بينهما شركة قبلها أو الشركة إنما تثبت حكمه عقبيه حيث لم يقع التمليك الذي هو السبب صحيحاً لا يثبت حكمه وهو الشركة فكان نصيب كل منهما مقررًا عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها وأما في الأقرار فسبب الشركة غيره وهو ما كان سببها قبلها فان الأقرار يقتضي سبق الخبر به وهو المال المشترك بينهما وفي ذلك أي في الأقرار بالمال المشترك أقرار للوارث على ما ذكر في الكتاب وهو باطل ولا فرق في ذلك بين ما إذا تصادق على ذلك أو بحد الاجنبي أو الوارث ذلك أو أنكرهما جميعاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد إذا لم يتصادق فاصح في حصة الاجنبي لان الوارث مقر ببطالان حقه وببطالان حق شريكه فيبطل في نصيبه ويثبت في نصيب الآخر وقالوا إنبأته مشتر كالمبطل وقد وجد لقائل أن يقول هذا الأقرار بالنظر إلى الاجنبي صحيح وبالنظر إلى الوارث غير صحيح فواجه ترجيح (٤٥٥) جهة الفساد بحيث تعدى

إلى إبطال حق الغير فالجواب أن وجه ذلك هو القاعدة المستمرة وهي أن البقعة لا يزول بالشك وتقديره أن حصة كل منهما غير ممتازة عن غيرهما في كل جزء فرضته بشرط كان فيثبت للاجنبي الملك فيه بالنظر إلى صحة الأقرار ولا يثبت بالنظر إلى الوارث ولم يكن له ملك قبل الأقرار فلا يثبت بالشك وقوله (بقاء وبطلان) أي بقاء في حق الاجنبي وبطلان في حق الوارث يعني تبقى الوصية صحيحة في حق الاجنبي وتبطل في حق الوارث لا متباز حصة كل منهما عن حصة الآخر قال (ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط وريء الخ) رجل له ثلاثة أثواب جيد ووسط وريء يخرج من ثلث ماله وأوصى بكل ثوب منها الرجل بعينه ثم مات فهلك أحد الأثواب ولا يدري أيها هو وقالت الورثة لكل واحد منهم بعينه قد هلك الثوب الذي هو حقك كانت الوصية باطلة لكون المستحق مجهولاً وجهالته تمنع صحة القضاء وتخصيل المقصود وهو إتمام غرض الموصي

وهذا بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه ولا جنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي أيضاً لان الوصية إنشاء تصرف والشركة تثبت حكمه فتصح في حق من يستحقه منهما وأما الأقرار فاخبار عن كائن وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه إلى إثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما أخبر به ولا إلى إثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكاً ولا يثبت للاجنبي شيئاً كان الوارث أن يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيداً وفي الإنشاء حصة أحدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلاناً قال (ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط وريء وأوصى بكل واحد لرجل فضاء ثوب ولا يدري أيها هو والورثة تجد ذلك فالوصية باطلة) ومعنى وجودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولاً وجهالته تمنع صحة القضاء وتخصيل المقصود فيبطل

مطلقاً والمسمى فيما إذا ادعى زائداً على الثلث إنما يدعي الدين في حق الزيادة على الثلث لا الوصية حتى لو ادعى الوصية فيه لا تسمع دعواه رأساً فضلاً عن التخليف (قوله ومعنى وجودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك) أقول في ظاهره تعبير المصنف ههنا فساد لان هلاك حق كل واحد منهم إنما يتصور فيما إذا ضاع الأثواب الثلاثة معاً والمفروض في وضع المسئلة أن يضيع ثوب واحد منهم غير معلوم الخصوصية فكيف يصح أن يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقك قد هلك فانه ككذب ظاهر لا ينبغي أن يسمع أصلاً فضلاً عن أن يترتب عليه حكم شرعي بل قوله لو واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك يقتضي الاعتراف بكون الثوبين الباقيين لصاحبيه والاولى في التعبير ما ذكره شرح الجامع الصغير سيما الصدر الشهيد والامام قاضيان وهو أن المراد بحدود الورثة أن يقولوا حق واحد منهم بطل ولا ندري من بطل حقه ومن بقي حقه فلا نسلم اليك شيئاً والذي يمكن في توجيه كلام المصنف أن يكون مراده معنى وجودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي قد هلك يحتمل أن يكون حقك قد هلك في العبارة بناء على ظهور

قال المصنف (ولانه لو قبض الاجنبي شيئاً الخ) أقول ينبغي أن يتأمل أنه هل يمكن جعله دليلاً بلا ملاحظة الدليل الاول قال المصنف (حتى يبطل الكل فلا يكون مفيداً) أقول لانه لو صح في نصيب الاجنبي فما أخذ بأخذ الوارث نصفه منه لانه أخذ بعض دين مشترك في زعمه فيبطل ذلك النصف ويصير للورثة غير رجوع الوارث ثانياً عليه بنصف ما بقي في يده لانه لم يسلم له ما أخذ أولاً واستحق هكذا إلى أن يبقى في يده فلس فلا يكون مفيداً في حق الاجنبي فانهم إلا أن هذا التقرير لا يثبت ظاهر كلام المصنف ثم لا يزال يقبض فيبطل في ذلك القدر ولكن الامر سهل

(الآن نسلم لهم الورثة الثوبين الباقيين) فان المانع حينئذ قد زال فيقسم فيما بينهم على ما ذكر المصنف في الكتاب وهو واضح اذا بدأ بتعليل جانب صاحب الجيد وصاحب الردي وان ابتداء بتعليل جانب صاحب الوسط فله وجه آخر وهو أن يقال الهالك ان كان أرفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما وان كان الهالك أردأ من الباقيين فحق صاحب الوسط في الردي منهما فحقه يتعلق بهذا امره وبذلك أخرى وان كان الهالك هو الوسط فلاحق له في الباقيين فاذا كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين في حال ولا يتعلق في حالين فباخذ ثلث كل واحد فبقي صاحب الجيد وصاحب الردي فصاحب الجيد يدعي الجيد ولا يدعي الردي ولأنه لاحق له فيه قطعاً وصاحب الردي يدعي الردي ودون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا الردي لصاحب الردي وقوله (واذا كانت الدارين رجلين) ظاهر الى قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وأما قوله (هذا) ففيه بحث وهو أنه قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات (٤٥٦) ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العرض

فكيف كانت المبادلة فيه تابعة وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض لأنها اذا كانت من جنس واحد الجبر الماضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكره هنا لان الجبر لا يجري في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم تكن من جنس واحد

قال (الآن نسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلوا زال المانع وهو الخود فيكون لصاحب الجيد ثلث الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون فثبت الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون) لان صاحب الجيد لاحق له في الردي بيقين لانه اما أن يكون وسطا أو رديا ولا لاحق له فيه - ما وصاحب الردي لاحق له في الجيد الباقي بيقين لانه اما أن يكون جيداً أو وسطاً ولا لاحق له فيه - ما ويحتمل أن يكون الردي هو الردي والاصل فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردي فبنتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة قال (واذا كانت الدارين رجلين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصي له) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجما الله وعند محمد نصفه للموصي له وان وقع في نصيب الآخر فللموصي له مثل ذرع البيت وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف البيت له أنه أوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الاول ويوقف الثاني وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصي به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفذ الوصية في بدل الموصي به عند فواته كالجارية الموصي بها اذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصي به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما يئنه ولا تبطل بالقسمة ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه بقصد الابصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فننفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع

قال المصنف (لانه اما أن يكون وسطا أو رديا ولا لاحق له فيهما) أقول ويحتمل أن يكون الجيد هو الجيد الاصل (قوله فاذا كان حقه يتعلق الخ) أقول

المراد ووافق صاحب الكافي في هاتيك العبارة مع ظهور ركاكتها (قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكملا للنفعة ولهذا يجبر على القسمة) قال صاحب العناية

مثلا يتعلق بالجيد حال كون الهالك أجود ولا يتعلق به حال كونه وسطا وحال كونه أردأ من الردي وقس عليه تعلقه وأما بالردي قال المصنف (وعندهما يقسم على أحد عشر سهما لان الموصي له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر) أقول قال الاتقاني ولنا فيه نظرا لانه على هذا التقدير كان ينبغي أن يكون نصيب شريك الموصي خمسة وأربعين ذراعا فينقص اذن منه خمسة أذرع لان نصيبه من جميع الدار خمسةون ذراعا كاملا وقد نقص الخمسة فلا يجوز لانه حينئذ يلزم عليك الموصي ملك شريكه وليس له ذلك وأيضا اذا كان للموصي له سهمان من أحد عشر ينقص نصيبه لاحتماله لان سهمين من أحد عشر أقل من خمسة وأيضاً زاد حق الورثة أيضاً سهم لان لهم ما وراء قدر البيت من نصيب الموصي ونصيبه خمسةون ذراعا وربع للموصي له عشرة من نصيبه فبقي أربعون وهم أخذوا خمسة أخرى وقال بعض المشايخ يقسم نصيب الموصي بين الموصي له والورثة على خمسة أسهم أخرى عندهما فالعشرة أذرع للموصي له وأربعون ذراعا للورثة فيجعل كل عشرة سهم ما وهذه القسمة أصح عندي انتهى هذا النظر بردي على تقدير الكافي ورودا ظاهرا

وانما المقصود الافراز تكميلا للنفقة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كأن البيت ملكه من ابتداء وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه اولاً وان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به حصيلا لمقصوده ما أمكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعاً بين الجهتين التقدير والتملك وان وقع في نصيب الآخر علمنا بالتقدير

فيه بحث وهو انه قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض الا أنهم اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشر كاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكر ههنا لان الجبر لا يجري في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم تكن من جنس واحد والى هذا أشار بقوله وانما المقصود الافراز تكميلا للنفقة ولهذا يجبر على القسمة فيه اه وقد سبقه الى أصل هذا السؤال والجواب صاحب النهاية (أقول) قد خبط الشارحان المزبوران في الجواب المذكور جدا حيث قصدا التوفيق بين كلامي المصنف في المقامين ولكن خالفاه صريح ما ذكره المصنف في كتاب القسمة وما أطبق عليه مع سائر الشراح في بيان مراده هناك فان المصنف قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض الا أنهم اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشر كاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد وقال معنى المبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الديون وقال ذلك الشارحان وسائر الشراح في شرح ذلك المقام لما ورد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض أن يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما أجبر القاضي على القسمة في ذلك أجاب بقوله الا أنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشر كاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر والمبادلة فان المبادلة مما يجري فيه الجبر لدفع الضرر عن الغير كما في قضاء الدين فان المدين يجبر على قضاء الدين والديون تقضى بأمثالها فانصار ما يؤدى بدلا عما في ذمته اه ولا يذهب على ذي مسكة ان مضمون الجواب المذكور هنا مما ينافي ذلك والصواب في حل مراد المصنف بقوله هنا ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع على وجه يندفع عنه السؤال الذي عمل الشارحان المزبوران لدفعه ما تعللوا به يقال بمعنى ان معنى المبادلة وان كان ظاهرا في غير المكيل والموزون الا أنه يجعل ذلك المعنى في هذه القسمة تابعا ويجعل معنى الافراز فيها مقصودا تصحجا لتصرف الموصي وقصده الذي هو تكميل المنفعة فان مبنى الوصية على المساهلة وسرعة الثبوت وقد أفصح عن هذا المعنى الامام فاضل خان حيث قال وله ما ان القسمة فيما لا يكال ولا يوزن وان كانت مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بالقسمة ولو اشترى اذرا واقتسم الم يكن لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما اشترى فهي افراز في حق بعض الاحكام ألا يرى أنه يجبر عليها ولو بني أحدهما في نصيبه بعد القسمة ببناء ثم استحق الارض لا يرجع على شريكه بقيمة البناء ولا ينبت للشفيع الشفعة في القسمة والمشتري لو فاسم البائع لم يكن للشفيع نقضه ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه لكانت الاحكام على عكسها فثبت انها افراز من وجه مبادلة من وجه فتجعل افرازا في حكم الوصية تصحجا للوصية لان ميناها على المساهلة وسرعة الثبوت ولهذا ذهبت الوصية بالمعدوم على خطر الوجود كالثمره والغلة واذا جعلت القسمة افرازا ظهرا أنه أوصى بما يملكه اه تدبر (قوله وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه) يعني في الجارية الموصى بها كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول ليس قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه عوضه أي

والى هذا أشار بقوله (وانما المقصود الافراز تكميلا للنفقة ولهذا يجبر على القسمة فيه) والباقي ظاهر وقوله (اما لانه عوضه كما ذكرناه) يعني في الجارية الموصى بها

وقوله (أولانه أراد النقد ير على اعتبار أحد الوجهين) يعني في وقوعه في نصيب الشريك (والتملك بعينه على اعتبار الوجه الآخر) يعني في وقوعه في نصيبه وقوله (٤٥٨) (فتصير السهام أحد عشر للموصي له سهمان ولهم تسعة) فإن قيل ينبغي أن يقسم نصيب

الموصي بين الورثة والموصي له على خمسة أسهم سهم للموصي له وأربعة للورثة لأنه لما صحت الوصية عنده ما في عشرة أذرع بقي حق الورثة في أربعين قلنا زعم الورثة أن حقهم في خمسة وأربعين وحق الموصي له في خمسة تسكا عنده محمد وزعم الموصي له أن حقه في عشرة وحق الورثة في أربعين فيعتبر زعم كل فريق فعملنا كل خمسة سهمًا فصار الكل أحد عشر وقوله (وقيل لا خلاف فيه لمحمد) بل قوله في الإقرار كة وأههما في الوصية والباقي ظاهر قال (ومن أوصى من مال رجل لا آخر بألف) (ومن أوصى من مال رجل لا آخر بألف بعينه فبلغه فاما أن يجز الوصية أولا فإن كان الثاني بطلت وإن كان الأول جائز فإن دفعها إلى الموصي له تمت وإن لم يدفع فله أن يمنع وإن أجازها لأن هذا تبرع بمال الغير إلى آخر ما ذكر في الكتاب وهو واضح

(قوله وحق الموصي له في خمسة تسكا عنده محمد وزعم الموصي له أن حقه في عشرة) أقول فيه بحث

فلم لم يعتبر زعمه تسكا عنده محمد إذا وقع البيت في نصيبه قال المصنف (والامتناع لحق الورثة) أقول وقد مر في أوائل كتاب الوصايا أن كل ما جاز بأجرة الورثة يملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا خلافا للشافعي

أولانه أراد النقد ير على اعتبار أحد الوجهين والتملك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما إذا علق عتق الولد وطلق المرأة بأول ولد تلده أمتته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حتى ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصي له وبين الورثة على عشرة أسهم تسعة من الورثة وسهم للموصي له وهذا عند محمد فيضرب الموصي له بخمسة أذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون فيجعل كل خمسة سهمًا فيصير عشرة وعند محمد ما يقسم على أحد عشر سهمًا لأن الموصي له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر للموصي له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية أقرار قبل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال (ومن أوصى من مال رجل لا آخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي فإن دفعه فهو جائز وله أن يمنع) لأن هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على إجازته وإذا أجاز يكون تبرعًا منه أيضا - له أن يمنع من التسليم بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة لأن الوصية في مخرجها صحيحة لمصادقة مالك نفسه والامتناع لحق الورثة فإذا أجاز وهما سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي قال (وإذا أقسم الابن تركه الأب ألفًا ثم أقر أحدهما لرجل أن الأب أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده) وهذا استحسان والقياس أن يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رحمه الله لأن إقراره بثلثه تضمن إقراره بمساواته إياه والتسوية في إعطاء النصف ليقبى له النصف وجه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقرًا بثلث ما في يده بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره لأن الدين مقدم على الميراث

عوض جميع ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر بل قدر ذرعان نصفه مما وقع في نصيبه عوض نصفه ولا معاوضة في نصفه الآخر لأن الدار بجميع أجزائها كانت مشتركة بين الموصي وصاحبه فيكون ذلك البيت وما وقع في نصيب الموصي مشتركة بينهما ما قبل القسمة فالمعاوضة بعد القسمة انما تتصور بين نصف ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر وبين قدر ذرعان نصفه ذلك مما وقع في نصيب الموصي وأما نصفه الآخر وقدر ذرعان نصف ذلك مما وقع في نصيب الموصي فباقيان على حالهما الأصلية في ملك الموصي وصاحبه فلم يكن قوله أمالانه عوضه صالحا لأن يكون دليلا مستقلا في إفادة المطلوب ههنا وهو أن يكون قدر ذرعان جميع البيت الموصى به ملكا للموصي له عندهما فيما إذا وقع ذلك البيت في نصيب الآخر بدون ملاحظة أحد الدالين الآخرين وتحرير المصنف يقتضي استقلاله فيها كما ترى فتأمل (قوله والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له الخ) أقول فيه كلام وهو أن الفرق انما يتشبه في صورة أن وقع البيت بعد القسمة في نصيب الموصي وأما في صورة أن وقع بعد ما في نصيب الآخر فلا لأن الموصي حينئذ كان مقرًا بملك الغير لغيره ولم يصير مالكه بعد ذلك حتى يؤمر بتسليمه إلى المقر له ومثلثان من الصورتين فلا يتم التقريب (قوله وجه الاستحسان أنه أقر بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقرًا بثلث ما في يده) قال صاحب التسهيل أقول مضى في فصل إقرار المريض أن ابنه أو أقرباؤه فبعد أخوه الآخر دفع إليه

فيكون

فلم لم يعتبر زعمه تسكا عنده محمد إذا وقع البيت في نصيبه قال المصنف

(والامتناع لحق الورثة) أقول وقد مر في أوائل كتاب الوصايا أن كل ما جاز بأجرة الورثة يملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا

خلافا للشافعي

الى قوله (فيكون مقره بتقديم عليه) فان كان الدين مستغرا فجميع نصيبه دفعه اليه كله والباقي ظاهر وقوله (فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع) يعني تسري الوصية الى الولد الحادث قبل القسمة كما يسري البيع الى الولد الحادث قبل القبض واذا سرت الوصية الى الولد صار كان الولد كان موجودا فأوصى به ما وقيمت ما مثل نصف المال تنفذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما كذلك ههنا (وله أن الأم أصل) يعني في الوصية (والولد تبع فيه) أي في الوصية على تأويل الإيصاء (٤٥٩) وانما كانت الأم أصلا لان الإيجاب

تناولها قصدا ثم سري حكم الإيجاب الى الولد ولا مساواة بين الأصل والتبع فتنفذ الوصية بالأم ثم يكون له من الولد قدر ما بقي من الثلث وتنفيذ الوصية في جميع الأم كان مستحقا قبل الولادة فلا يعتبر بزيادة المال لانه يؤدي الى نقصها في بعض الأصل وذلك لا يجوز لان فيه ابطال الأصل بالتبع وقوله (الا أنه لا يقابله بعض العوض) جواب عما يقال لان تسليم أن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقصه في الأصل فان بعض الثمن لا يقابله شيء في ذلك وفيه نقض له بحصته ووجهه انه انما لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابله بالولد اذا اتصل به القبض فان العوض الواحد لا يقابل بعوضين لكن لا يوجب ذلك النقص في المبيع لان الثمن تابع الى آخر ما ذكره وقوله (واذا اتصل به القبض) انما قيد بذلك لان مقابلة بعض الثمن بالولد انما يكون أن لو كان موقفا بالاصل حتى لو هلك قبل القبض بأقفة

فيكون مقره بتقديم عليه اما الموصي له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا أن يسلم للورثة مثله ولانه لو أخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به أيضا فأخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث قال (ومن أوصى لرجل بمجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصي له) لان الأم دخلت في الوصية أصالة والولد تبعها حين كان متصلا بالأم فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها بمقامة على ملك الميت حتى يقضى بهادونه دخل في الوصية فيكونان للموصي له (وان لم يخرج من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعا في قول أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يأخذ ذلك من الأم فان فضل شيء أخذه من الولد) وفي الجامع الصغير عن صورة وقال رجل له ستمائة درهم وأمة تساوي ثلثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فلموصى له الأم وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا أن الولد دخل في الوصية تبعاً لحالة الاتصال فلا يخرج عنهما بالانفصال كما في البيع والعنق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الأم وله أن الأم أصل والولد تبع والتبع لا يراحم الأصل فلونفذنا الوصية فيهما جميعا تنقض الوصية في بعض الأصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقصه في الأصل بل يبقى تاما صحيفه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابله بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينفذ قد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا (هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصي له) لانه نساء خاص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

المقر نصف نصيبه كما قال زفر رحمه الله تعالى ههنا لانه أقر بالمساواة وعند مالك يدفع اليه ثلث نصيبه كما قلنا هنا نحن والحاصل انما عملنا هنا بأصل مالك ثم عمل زفر بما أصلنا ثمه فلا بد للآفة الخفيفة من الفرق بين الاقرار والوصية والاتحاد ويحتمل أن يكون في المسئلة روايتان الى ههنا لفظ التسهيل وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال بعد نقل ذلك قلت الفرق بينهما ما بين فان المساواة من الوازم البينة للاخوة دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة فالأقرار بالاخ يتضمن الأقرار بالمساواة بخلاف الأقرار بالوصية فانه لا يتضمن الأقرار بها اه (أقول) ليس هذا بشيء فان الذي من لوازم الاخوة انما هو المساواة في حصة التركة لا المساواة فيما في يد أحد الاخوين فقط كنصف التركة مثلا والاي لازم أن يكون حصة أحد الاخوة النصف وحصة مجموع الاخوين النصف وهذا ظاهر البطلان والمساواة في حصة التركة انما تقتضي كون حصة الاخ المقر له ثلث ما في يد المقر لانصفه كما فيما نحن فيه من الأقرار بوصية ثلث المال فورد ما قاله صاحب التسهيل من مطالبة الفرق بين المسئلتين ثم ان قول ذلك البعض دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة ليس بتمام أيضا لان المساواة انما لا تكون من لوازم مطلق الوصية مع مطلق الورثة وأما فيما نحن فيه فالمساواة لازمة قطعاً لا محصراً الوارث في الابنين وكون اقرار أحدهما بوصية المورث لرجل ثلث ماله فلا بد من الفرق بين المسئلتين بوجه آخر كما لا يخفى

سماوية لا يقابله شيء من الثمن بل يأخذ الأم بجميع الثمن والله أعلم

قال المصنف (أما الموصي له بالثلث شريك الوارث) أقول وكذلك الأخ الذي أقر أحد الابنين باخوته وأنكر الآخر شريك الوارث مع أنه يعطى له نصف ما في يد المقر كما سبق في آخر كتاب الأقرار فلا بد من الفرق قال المصنف (وان لم يخرج من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعا) أقول الظاهر أنه بالخاء المعجمة أي ما يصير حصته منهما يقال حصتي منه كذا أي صار حصتي منه

فصل في اعتبار حالة الوصية قال في النهاية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلاث المال ذكر في هذا الفصل احكاما تتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما ان هذه الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلاث المال بمنزلة الاصول والاصلي مقدم على (٤٦٥) العارض قوله (واذا أقر المريض لامرأة) واضح مبني على أن المعتبر في جواز

الوصية وفسادها كون الموصي له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا للحال لان الاقرار عليك للحال متى كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا وقوله (لان الاقرار ملزم) فيه تلويح الى رد قول زفر وهو ان الاقرار ايضا باطل لان اقرار المريض بمنزلة التملك ولهذا يصح للوارث وجبه ذلك ان الاقرار بثلاث الحكم بنفسه من غير توقف على أمر زائد كالموت في باب الوصية وقوله (الأن الثاني يؤخر عنه) أي تنفيذ حكم الاقرار في حالة المرض يؤخر عن تنفيذ حكم الاقرار الذي في حالة الصحة (بخلاف الوصية لانه) يعني الوصية بتأويل الایضاء وقوله (وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتباً فاعتق) يعني لا تصح الوصية والهبة لان الوصية مضافة الى وقت الموت أما اذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر ههنا وذكر في كتاب

فصل في اعتبار حالة الوصية قال (واذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشئ أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جازا لاقرار وبطلت الوصية والهبة) لان الاقرار ملزم بنفسه وهي أجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة أو في حالة المرض الا أن الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لانها يجب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالماض الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت ألا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال (واذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله) أما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما باحسان عنده أو بعده والاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البتة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ابراث تهمة الابن بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الاقرار اقيام السبب حال صدوره وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتباً فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه أقر لمولاه وهو أجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه أقر له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا أن المعتبر فيها وقت الموت وأما الهبة فيروى أنها تصح لانها تملك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح

فصل في اعتبار حالة الوصية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلاث المال ذكر في هذا الفصل احكاما تتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما ان هذه الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلاث المال بمنزلة الاصول والاصل مقدم على العارض كذا في الشروح (قوله واذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشئ أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جازا لاقرار وبطلت الوصية والهبة) قال صاحب النهاية وهذا بناء على ان المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصي له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا للحال لان الاقرار عليك للحال متى كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا اه واقتنى أثره في هذا التقرير صاحب العناية (أقول) في عبارته ما خلل حيث قال لان الاقرار عليك للحال مع انهم قد صرحوا في كتاب الاقرار بان الاقرار ليس بتمليك بل هو اظهار للقربة وقالوا ولهذا لو أقر غيره بالمال والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحمل له أخذه وفرعوا على ذلك مسائل كثيرة منها ان المريض اذا أقر بجميع ماله لأجنبي صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة ولو كان غلبا مبتدأ لم ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم اجازتهم فحق العبارة أن يقال لان الاقرار تصرف في الحال كما قاله المصنف رحمه الله في أوائل كتاب الوصايا فتذكر (قوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتباً فاعتق لما ذكرنا) قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المقام أي لا تصح الوصية والهبة لان الوصية مضافة الى وقت الموت أما اذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر ههنا وذكر في كتاب الاقرار انه ان لم يكن عليه أي على العبد بدين يصح اه (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان ما ذهب اليه في شرح هذا المقام مما ياباه سداد

قال

الافقرار انه ان لم يكن عليه) أي على العبد (دين يصح) الى آخر ما ذكر في الكتاب

فصل في اعتبار حالة الوصية (قوله أما اذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر ههنا) أقول فيه بحث فان لفظ الجامع الصغير ههنا هكذا على ما نقله الاتقاني وقال في المريض أقر لابنه وهو نصراني بدين أو وهب له هبة فقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك ان كان الابن عبدا فاعتق في هذا اه

وقوله (والمقعد والمفلوج) المقعد من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة (والاشل) من شلت يده (والمسلول هو الذي به مرض السل) وهو عبارة عن اجتماع المرة (٤٦١) في الصدر ونفثها وقوله (صار

طبعاً من طباعه) يعني خرج من أن يدرك موت مريضاً مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال (فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض حادث) فيعتبر فيه تصرفه من الثلث كما لو تصرف عندما أصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من أيامه (لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله أعلم)

باب الاعتاق في مرض الموت

الاعتاق في المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرد به باب على حدة وأخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل قال (ومن أعترف عبداً في مرضه) كلامه واضح

باب العتق

في مرض الموت

قال المصنف (ويضرب

قال (والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول إذا تناول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال) لأنه إذا تقدم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوى ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث (وان وهب عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش) لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله أعلم

باب العتق في مرض الموت

قال (ومن أعترف في مرضه عبداً أو باع وحابي أو وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع أصحاب الوصايا)

المعنى وانتظام الكلام فأنه ما خلا قول المصنف وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً على عدم صحة الوصية والهبة فقط مع أن الظاهر من قوله المذكور عموم عدم الصحة للصور الثلاث المذكورة فيما قبل جميعاً وهي الإقرار والهبة والوصية لأنه كان عاماً لها في المسئلة السابقة فانتظام إطلاق التشبيه في قوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً يقتضي العموم لها في هذه المسئلة أيضاً سيما مع انضمام قوله لما ذكرنا إليها فإن ما ذكره من قبل من الدليل يدل على عدم الصحة في الصور الثلاث جميعاً بل لا ريب ثم إن قولها ما إذا أقر له بدين ثم أعترف قبل الموت لم يذكروها إن أراد بذلك أن صورة الإقرار لم تذكروها بعينها صراحة فهو مسلم لكن صورنا الوصية والهبة أيضاً لم تذكروها بعينها صراحة بل اندرجتا في إشارة قوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فاعتق فامعنى جعل هذه المسئلة شاملة لصورتي الوصية والهبة دون صورة الإقرار وإن أراد بذلك أن صورة الإقرار لم تذكروها أصلاً لصرحة بعينها ولا اندرجا في إطلاق إشارة شيء فهو ممنوع فإن مسئلتنا هذه مع ما قبلها من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير هنا على ما نقل في غاية البيان هكذا وقال في المريض أقر لابنه وهو نصراني بدين أو وهب له هبة فقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك لو كان الابن عبداً فاعتق في هذا اهـ ولا يذهب عليك أن صورة الإقرار وصورتي الوصية والهبة سيان في الاندراج تحت إطلاق إشارة قوله وكذلك لو كان الابن عبداً فاعتق في هذا فالحق أن مراد المصنف بقوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فاعتق لما ذكرناه وأنه يبطل الإقرار والهبة والوصية كلها في هذه المسئلة أيضاً لدليل ما ذكرناه في المسئلة السابقة وإن مراده بقوله وذكر في كتاب الإقرار إلى قوله قال والمقعد بيان أن صورة الإقرار رواية للصحة أيضاً وكذلك في صورة الهبة وأما في صورة الوصية فلا رواية للصحة أصلاً تبصر ترشد

باب العتق في مرض الموت

قال جمهور الشراح الاعتاق في المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرد به باب على حدة وأخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل اهـ (أقول) فيه فتور لأن الاعتاق في المرض ليس من أنواع الوصية بل هو أمر مغاير للوصية حقيقة فإن الوصية يجب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف كما سيصرح به المصنف رحمه الله فكيف يكون هذا من أنواع الوصية نعم أنه في حكم الوصية

به مع أصحاب الوصايا أقول لا يظهر أن يقال بضرب كل من هؤلاء بحكم كل من العتق والمحاباة والهبة مع أصحاب الوصايا أي في الثلث

وقوله (والمراد الاعتبار من الثلث) أي المراد بقوله فهو وصية الاعتبار من الثلث لاحقية الوصية لان الوصية عبارة عما أوجبه الموصي في ماله بعد موته منطوقا وقوله (كالضمان والكفالة) غاي بينهما بالعطف لان الضمان أعم من الكفالة فان من الضمان ما لا يكون كفالة بأن قال لاجنبي خالع امرأتك على ألف على أني ضامن وكذا لو قال بع هذا العبد بألف على أني ضامن لك بخمسمائة من الثمن سوى الألف فان بدل الخلع يكون على الاجنبي لا على المرأة والخمسمائة على الضامن دون المشتري وقوله (وما نفذ من التصرف) أي نجزه في الحال ولم يصفه الى ما بعد الموت (٦٣) (فالاعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث

وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لانه بالبرءتين أنه لاحق لاحد في ماله) وقوله (فان جاني ثم أعتق) صورته رجل باع في مرضه عبدا يساوي ألفين من رجل بألف وأعتق عبدا يساوي ألفا ولا مال له سواهما (فالمحابة أولى) وان ابتداء بالعق فخاصا فيه (عند أبي حنيفة في الأول يسلم العبد للمشتري بألف) ولم يبق من الثلث شيء الا أن العتق لا يمكن رده فيسعى العبد في قيمته للورثة وفي الثانية يتخصصان في مقدار الثلث (وقال العتق أولى) سواء قدم المحابة أو آخرها فيعتق العبد محابا لان قيمته بقدر الثلث ويخير المشتري ان شاء فنقض البيع ورد العبد للزمنه من الزيادة في الثمن من غير رضاه وان شاء أمضى العقد وأدى كمال قيمة العبد التي درهم والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله (الا العتق الموقع) أي المنجز لا المفوض الى اعتاق الورثة مثل أن يقول أعتقه أو يوصي

وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لاحقية الوصية لانها يجب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتداء المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان أوجبه في حال صحته اعتبارا بحالة الاضافة دون حالة العقد وما نفذ من التصرف فالاعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان البرءتين انه لاحق في ماله قال (وان جاني ثم أعتق وضاق الثلث عنهما فالمحابة أولى عند أبي حنيفة وان أعتق ثم جاني فهما سواء وقال العتق أولى في المسئلتين) والاصل فيه أن الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتسديد الصحيح والمحابة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب تساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه أقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره بلحقه وكذلك المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي

ذا وجد في مرض الموت حيث يعتبر من الثلث لا من جميع المال كما سيأتي أيضا في الكتاب فالوجه أن يقال لما كان الاعتاق في المرض أمرا بغير حقيقة الوصية ولكن كان في حكمها أفرد به باب على حدة وأخره عن حقيقة الوصية لكونها هي الاصل (قوله وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز) أقول في عبارة المصنف هنا تسامح فان قوله جائز في النسخة الأولى محمول في الكلام وقوله فهو وصية في هذه النسخة موضوع ومحمول فكيف يكون الثاني مكان الأول فالتظاهر أن يقال مكان قوله فذلك كله جائز (قوله وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه أقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره بلحقه الفسخ وكذلك المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي) أقول في هذا التحرير قصور بل خلل أما أولا فلا نفي من جهة الموصي في قوله فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي حشو مفسد لانه يدل بطريق مفهوم المخالفة المعتبر عندنا أيضا في الروايات كما صرحوا به على أن يلحقه الفسخ من جهة غير الموصي كما في المحابة مع ان الفسخ لا يلحق العتق من جهة أحد أصلا وان لحق المحابة من جهة غير الموصي وهو المشتري وأما ثانيا فلا نفي من قوله وغيره بلحقه الفسخ بهم باطلا فانه أن يلحق الفسخ المحابة أيضا من جهة الموصي مع انه قال وكذا المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي فالحق في تحرير هذا المقام أن يقال فانه لا يلحقه الفسخ أصلا والمحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي وأما غيرهما فليحقه الفسخ من جهة الموصي وغير الموصي أيضا ثم ان كثيرا من الشراح منهم صاحب العناية قالوا في تفسير قول المصنف هنا وغيره بلحقه الفسخ أي غير العتق الموقع بلحقه الفسخ كالوصية بالعتق

يعتقه بعد موته مستثنى من قوله لا يقدم وقوله (كالتسديد الصحيح) احتراز عن الفاسد منه مثل أن يقول أنت حر بعد موتى يوم كاسجى وقوله (والمحابة في البيع) بالرفع معطوف على قوله الا العتق الموقع وقوله (وغيره بلحقه) أي غير العتق الموقع بلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال

قال المصنف (لانها يجب بعد الموت) أقول قياس من الشكل الثاني (قوله وغيره بلحقه أي غير العتق الموقع) أقول فيه أن الظاهر أن يقول أي غير ما ذكرنا من العتق الموقع والعتق المعلق وتعميم الموقع به ما خلافا للظاهر

وقوله (يستوى فيه من سواهما) أي سوى العتق والمحاباة وقوله (٤٦٣) (لهما في الخلافة) وهي التي قدم فيها

المحاباة على العتق وقوله (لا يوجب التقدم في الثبوت) ألا ترى أنه إذا أوصى بثلاث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثا وصل أو فصل ولا عبرة بالبداة فكذلك ههنا وقوله (لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة) يعني وبالمريض لا يلحقه الحجر عنها (فكان تبرعا بعنه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى) لأنه لم يثبت في ضمن المعاوضة وبالمريض يلحقه الحجر عنه

(قوله يستوى فيه من سواهما أي سوى العتق والمحاباة) أقول فيه شيء فان لفظة من تأتي هـ ذا التفسير (قوله وهي التي قدم الخ) أقول فيه شيء فان الظاهر التعميم للمستثنين (قوله وقوله لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة) يعني وبالمريض لا يلحقه الحجر عنها (أقول ضمير عنها راجع إلى المعاوضة) قوله (فكان تبرعا بعنه) أقول تذكر الضمير الراجع إلى المحاباة أما باعتبار الخبر أول كونه بمعنى أن مع الفعل أو على تأويل

وإذا تقدم ذلك فبأن من الثلث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من أهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافة أن العتق أقوى لأنه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا يعتبر بالتقديم في الذكرا لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت وله أن المحاباة أقوى لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بعنه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فإذا وجدت المحاباة أولاد دفع الأضعف وإذا وجد العتق أولاد وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المراجعة وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله إذا جابى ثم أعتق ثم جابى

والوصية بالمال اه (أقول) ليس ذلك بسديد فان العتق المعلق غير العتق الموقوع ولهذا عطفه المصنف عليه فيما قبل حيث قال ان العتق الموقوع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالندبير الصحيح مع أنه لا يخفى أن العتق المعلق أيضا لا يلحقه الفسخ عندنا فالحق أن يقال في تفسير قوله وغيره يلحقه الفسخ أي غير العتق الذي ذكرناه أنفاه وهو العتق الموقوع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي فحينئذ يستقيم المعنى جدا كما لا يخفى واللفظ أيضا ساء لا محالة فان العتق الذي ذكره يعم العتق الموقوع والمعلق كما ترى (قوله وإذا تقدم ذلك فبأن من الثلث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من أهل الوصايا) قال صاحب النهاية في تفسير قوله يستوى فيه من سواهما أي سوى العتق والمحاباة واقتضى أثره صاحب العناية (أقول) فيه سماحة ظاهرة فان كلمة من في قوله من سواهما تأتي بهذا التفسير جدا كما لا يخفى وكذا قوله من أهل الوصايا بعد قوله من سواهما ينافي ذلك كما ترى فالوجه في تفسير ذلك أن يقال أي سوى المعلق والذي هو بولي له أو سوى أهل العتق والمحاباة نعم يمكن تقدير المضاف في تفسير الشارحين المزبورين وهو لفظ الأهل أو لفظ الصاحب لكنه خلاف الظاهر في مقام التفسير إذ المقصود من التفسير الكشف والبيان لا الإخفاء والتعمية فيثبت السماحة في تفسيرهما المذكور لا محالة (قوله لهما في الخلافة) قال صاحب العناية في بيان الخلافة وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق وتبعه العيني (أقول) هذا شرح فاسد لان الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في كلتا المسئلتين المذكورتين وهما التي قدم فيها المحاباة على العتق والتي قدم فيها العتق على المحاباة والدليل المذكور من قبله ما وكذا الدليل المذكور من قبله يتمشيان في تبيينك المسئلتين معا بلا كلفة كما لا يخفى على ذي مسكة فلا وجه لتفسير الخلافة هنا بما يخص المسئلة الأولى منهما والصواب في بيانها أن يقال وهي التي اجتمع فيها العتق والمحاباة سواء تقدم العتق على المحاباة أو قدمت المحاباة على العتق (قوله ولا يعتبر بالتقديم في الذكرا لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت) قال في العناية ألا ترى أنه إذا أوصى بثلاث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثا وصل أو فصل ولا عبرة بالبداة فكذلك هنا اه وهكذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الاسرار (أقول) لقائل أن يقول حكم الإيصاء في صورة التنوير نازل وقت موت الموصي في حق كل واحد منهم لان الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فكان فيها معنى التعليق والحكم في التعليقات ينزل عند وجود الشرط وزمان تحقق الشرط الذي هو الموت في حق كل واحد منهم في صورة التنوير زمان واحد فلهذا كان الثلث الموصى به لهم بينهم أثلاثا بخلاف ما نحن فيه فان العتق الموقوع في المرض منجز غير مضاف إلى ما بعد الموت وكذا المحاباة في البيع إذا وقعت في المرض والمنجز يوجب الحكم في الحال لا محالة فينبغي أن يثبت الحكم في المقدم في الذكرا قبل أن يثبت في المؤخر فيه فافترقت صورتان فتمام (قوله وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إذا جابى ثم أعتق ثم جابى

ماذا ذكر قال المصنف (وهو لا يحتمل الدفع) أقول لكون المحاباة أقوى منه

وقوله (قسم الثلث بين المحاباة نصفين لتساويهما) ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق لأن العتق مقدم عليها فيستويان فيه بحث وهو أن يقال المحاباة الأولى مساوية للمحابة الثانية والمحابة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحابة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة وأيضاً لو جازي ثم جازي ولم يخرج من الثلث فما أصابها ما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح يستدعي أن تنفذ الأولى ثم الثانية والجواب عن الأول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني بأنه إنما تحصل بالانما يحصل النقص من تبرعات المريض بنقد ثم ينقض إذا لم يخرج من الثلث وإذا كان كذلك نفذناه جميعاً ثم نقصناه بعد الموت وبثبث لهم ما يحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية وقوله (قسم الثلث بين العتق الأول والمحابة وما أصاب العتق قسم بينهما وبين العتق الثاني) فإن قلت لم يقسم بين العتق والعتق ثم بين العتق الثاني والمحابة قلت لا يستقيم لأن المحابة مقدمة على العتق الثاني فلا يكون مساوياً لها والعتق الأول مقدم على المحابة فيزاحمها في الثلث ثم ما أصاب العتق الأول شاركه فيه العتق الآخر للجانسة والمساواة بينهما فإن قيل كيف يستقيم هذا ولم يصل إلى صاحب المحابة كمال حقه كان ينبغي أن يسترد صاحب المحابة ما أخذ صاحب العتق الثاني لأن حق صاحب المحابة مقدم على صاحب العتق الثاني كمالو كانا وليس معهما عتق آخر وتقدمت (٤٦٤) المحابة أجيب بأنه لو استرد ذلك منه لاسترد منه صاحب العتق الأول لأن حق العتق الأول

وحق المحابة سواء في الثلث فيؤدي إلى الدوران نقض صاحب المحابة البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين المعتقين نصفين لاستواء حقهما قال (وإن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد) كلامه واضح وقوله (وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة) قال الإمام الكنتاني إلا أن يكون الموصي جعل الفضل للذي حج عنه فيكون له

(قوله وهو يناقض الدليل المذكور) أقول أي ثبت نقض ما أثبتته قال المصنف

قسم الثلث بين المحاباة نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحابة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق لأن العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم جازي ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحابة نصفين وما أصاب العتق قسم بينهما وبين العتق الثاني وعندهما العتق أولى بكل حال قال (ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فلهك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة رحمه الله وإن كانت وصيته بحجة يجمع عنه بما بقي من حيث يبلغ وإن لم يهلك منها بقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقال يعتق عنه بما بقي) لأنه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن اعتباراً بالوصية بالحج وله أنه وصية بالعتق لا بد بشترى بمائة وتنفيذها فمن يشتري بأقل منه تنفيذ لغیر الموصي له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لأنها قربة محضة وهي حق لله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فلهك بعضها يدفع الباقي إليه وقيل هذه المسئلة بناء على أصل آخر يختلف فيه وهو أن العتق حق لله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البيعة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق

قسم الثلث بين المحاباة نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحابة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق لأن العتق مقدم عليها فيستويان) قال في العناية فيه بحث وهو أن يقال المحابة الأولى مساوية للمحابة الثانية والمحابة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحابة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو

هذا (ثم أصاب المحابة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق) أقول قال في الكافي فإن قيل ينبغي أن يكون تمام الثلث للمحابة الأولى عنده لأن المحابة الثانية مساوية للعتق والمحابة الأولى مرجحة على العتق والمساوى للرجوح مرجوح وكذا في المسئلة التي قبلها ينبغي أن لا يشارك العتق الثاني الأول عنده لأن العتق الأول يساوي المحابة والمحابة راجحة على العتق الثاني والمساوى للرجوح راجح قلنا لا يترجح العتق على العتق والمحابة على المحابة بالأجاء إذا لم يكن الغير متخللاً وكذا إذا تخلل الغير اهـ وذكر المسئلتين فيه على عكس ترتيب الهداية (قوله وما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح) أقول لم يذكر ذلك صريحاً منهم يجوز أن يفهم من قوله والعتق مقدم عليها فيستويان فإن التقديم إذا كان سبباً للمساواة المرجوح للراجح يكون سبباً أيضاً للرجحان المساوى والجواب أن سببية التقديم لمساواة المرجوح من حيث أنه لا يحتمل دفع المتأخر فتثبت المراجعة ضرورة واحد المتساويين إذا تقدم لا يحتمل دفع الآخر أيضاً لأنه ليس أقوى منه فتثبت المراجعة أيضاً ولعل هذا الجواب أولى مما ذكر في الشرح (قوله والجواب عن الأول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه) أقول فيه تأمل فإنهم صرحوا بأنه متى صدقت المقدمة الأجنبية التي نسبتها لتخرج قياس المساواة لزمه النتيجة وهي ههنا أقولنا مساوى المساوى مساو وهم صرحوا بصدقها ويجوز أن يقال ذلك في المساواة الحسية فليتأمل (قوله أجيب بأنه لو استرد ذلك منه لاسترد منه الخ) أقول يعني نصف ما أخذ (قوله فيؤدي إلى الدور) أقول لأنه يسترد منه أيضاً صاحب العتق الثاني للجانسة

وقوله (وهذا أشبه) يعني إلى الصواب لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد عنده فيحذف المسحق إذا هلك منه شيء وتبطل الوصية وترد المائة إلى ورثته وقوله (ومن أوصى بعقبي عبده) أي باعتاق عبده وقوله (لأنه يتلقى المالك من جهته) أي لأن الموصي له يتلقى المالك من جهة الموصي (الأن ملكه) أي ملك الموصي (باق) فيه لحاجته حتى لو كان العبد ذارحم (٤٦٥) محرم من الورثة لم يعتق عليهم

لما يبين أن ملك الميت فيه باق بعد حاجته (وانما يزول) ملكه (بالدفع فاذا خرج به) أي بالدفع عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باعه الموصي أو وارثه بعد وفاته بسبب الدين (فإن فداء الورثة كان الفداء في أموالهم) أي كانوا متبرعين فيما فدوه به

(قوله وقوله وهذا أشبه يعني إلى الصواب) أقول الظاهر تبديل إلى البلاء (قوله لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد) أقول فيه بحث قال المصنف (ومن أوصى بعقبي عبده ثم مات فعني العبد جناية ودفع به بطلت الوصية لأن الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي) أقول قال في الكافي والأصل أن الإيصاء باعتاق لا يبطل ملك الورثة فإن شأوا دفعوه وإن شأوا فسدوه فإن دفعوه صح الدفع لأن حق أولياء الجناية مقدم على حق المالك فكذا بتقديم على من يتلقى المالك من المالك وهو الموصي له وبطلت الوصية لأن الدفع يبطل حق المالك

وهذا أشبه قال (ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبد أقيمته مائة درهم وقد كان أعنته في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسمع في شيء) لأن العتق في مرض الموت وإن كان في حكم الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث لأنهم تجاوزوا جازة الورثة لأن الامتناع لحقهم وقد أسقطوه قال (ومن أوصى بعقبي عبده ثم مات فعني جناية ودفع به بطلت الوصية) لأن الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذلك على حق الموصي له لأنه يتلقى المالك من جهته إلا أن ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باعه الموصي أو وارثه بعد موته فإن فداء الورثة كان الفداء في مالهم لأنهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لأن العبد طهر عن الجناية بالفداء كما أنه لم يجز فننفذ الوصية

يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأيضاً لو جازي ثم جازي ولم يخرج من الثلث فخاصا وما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح يستدعي أن ينفذ الأولى ثم الثانية والجواب عن الأول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني أنه انما خاصا لأن ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض إذا لم يخرج من الثلث وإذا كان كذلك نفذناه جميعاً ثم نقضناه بعد الموت وثبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية إلى هنا لفظ العناية (أقول) فيه نظر من وجوه الأول أن السؤال الثاني غير متجه على كلام المصنف أصلاً لم يقل المصنف قط أن التقديم مطلقاً يقتضي الترجيح بل انما قال أن تقديم الأقوى يقتضي الترجيح كما في تقديم المحاباة على الاعتاق لكون المقدم اذ ذلك دافعا للاضعف المؤخر وأما تقديم غير الأقوى فلا يقتضي الترجيح لعدم احتماله دفع المؤخر الأقوى كما في تقديم العتق على المحاباة ولا دفع المؤخر المساوي كما في تقديم إحدى المحاباتين على الأخرى على ما هو المذكور في السؤال الثاني فلا انجازه أصلاً على ما ذكره المصنف والثاني أن الجواب المذكور عن السؤال الأول ليس بسديد لأن لزوم النتيجة القياس لذاته انما هو شرط الانتاج مطلقاً لا شرط الانتاج في الجملة فأنهم مصرحون في علم الميزان بأن قياس المساواة وإن لم يستلزم النتيجة لذاته إلا أنه يستلزمها بواسطة مقدمة غريبة إذا صدقت تلك المقدمة كما في قولنا مساو وب مساو لج فانه ينتج ويستلزم أن مساو لج بواسطة مقدمة غريبة صادقة وهي أن كل مساوي المساوي مساو والسؤال الأول يمثل هذه الصورة فلا يدفعه عدم استلزامه النتيجة لذاته كما لا يخفى والثالث أن الجواب المذكور عن السؤال الثاني مما لا حاصل له فإنه إن أريد أن ينفذ المحاباتين جميعاً ثم ينقضهما بعد الموت يرتفع تقدم أحدهما على الأخرى فذلك أمر لا يساعد العقل وإن أريد به أن التقديم والتأخير بينهما باقيان ولكن لا تأثير لهما في ترجيح التقديم على المؤخر في هاتيك الصورة فذلك لا يدفع ذلك السؤال المبني على كون ما ذكره المصنف أن التقديم يقتضي الترجيح مطلقاً فالصواب في رد السؤال الثاني ما تبين عليه أنفام أن الذي ذكر في الكتاب أن تقديم الأقوى يقتضي الترجيح لأن التقديم مطلقاً يقتضي ذلك فلا انجازه لذلك السؤال وفي دفع السؤال الأول ما ذكره صاحب معراج الدراية نقلاً عن الفوائد الحميدية حيث قال فإن قيل ينبغي أن يقسم الثلث بين الكل أثلاثاً لأن المحاباة الثانية مساوية للأولى والعتق مساو للمحاباة الثانية فكان مساوياً للأولى لأن المساوي للمساوي مساو فأنما العتق مساو للثانية بمعنى يخصه

(٥٩ - تكمله ثامن) لو كان حياً فكذا يبطل حق من يتلقى المالك من جهته ألا يرى أن الموصي لو باعه أو بيع بعد موته بسبب الدين تبطل الوصية فكذا هنا وإن اختاروا الفداء فعليهم الدية لا التزامهم وجازت الوصية انتهى ولا يخفى عليك المخالفة بينه وبين ما في الهداية والتوفيق أن العبد وجب اعتاقه بالوصية ففيما يتعلق بالتنفيذ تبقى الرقبة على ملك الميت وفيما وراء ذلك عليهم نص عليه التمرناشي

وقوله (ومن أوصى بثلث ماله لا آخر) واضح وقوله (وان كان على المعتق دين) يعني أن من أعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء وهذا لان الاقرار بهذين الامرين في حالة المرض انما يمنع أحدهما الآخر أن لو كان أحدهما متأخرا عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر وههنا ما حصل ما يتصدق به واحد بقوله صدقما جعل كأن الامرين كأننا وثنا بالبينة فيثبتان معا كذلك (وله أن الاقرار بالدين) أي ولا يوجب حنيفة وجهان أحدهما أن الاقرار بالدين أقوى على ما ذكر والثاني أن العتق لا يمكن اسناده الى حالة الصحة فكذلك ثبت الدين من كل وجه ويثبت العتق من حيث الصورة لا من حيث المعنى لان اعتناق المريض المدين برد من حيث المعنى بوجوب السعاية وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت ولو قال العبد لولاه المريض أعتقتني في صحته

(٤٦٦)

قال (ومن أوصى بثلث ماله لا آخر فأقر الموصي له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصي له أعتقه في الصحة وقال الوارث أعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصي له إلا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم له البينة ان العتق في الصحة) لان الموصي له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينقد من جميع المال والوارث ينكر لان مداهم العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكره والقول قول المنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى أقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين إلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لانه لا من احمه فيه أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معانية وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه قال (ومن ترك عبدا فقال للوارث أعتقني أبوك في الصحة وقال رجل لي على أهلك ألف درهم فقال صدقما فان العبد يسعى في قيمته عند أبي حنيفة وقال لا يعتق ولا يسعى في شيء) لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصدق الوارث في كلام واحد فصارا كأنهما كأنهما معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله أن الاقرار بالدين أقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والا أقوى يدفع الادنى ففضيته أن يبطل العتق أصلا لانه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان في دفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية ولان الدين أسبق لانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فيجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل لي على الميت ألف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده ألف درهم وديعة فعنده الوديعة أقوى وعندهما سواء

وقال رجل آخر لي عليك ألف درهم دين فقال المريض صدقما عتق العبد ويسعى في قيمته للغيرم كذلك ههنا وقوله (وعلى هذا الخلاف الخ) اهم أن الوديعة لم تظهر الا والدين ظاهرا معها فيخصمان كالو أقر بالدين ثم بالوديعة اذ الاقرار من الوارث بالدين على الميت يتناول التركة لا الذمة فقد وقع معا بخلاف المورث وله أن حقه يثبت في عين الالف مقدارنا لثبوت الدين في الذمة وعند انتقالها منها الى الالف كان الالف مستحقا بالوديعة كالو كان المورث حيا وقال له ذلك فقال صدقما والاختلاف في هذه المسئلة ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب في عامة الكتب

فصل في قدم باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل * أعلم أن من مات

وهو تقدمه عليها فلا يساوى الاولى وبهذا خرج الجواب عن اشكال آخر وهو أن يقال ان الحيازة الاولى ترجح على العتق والثانية مساوية للاولى فينبغي أن ترجح على العتق كلالى لان المساوى للراجع راجع لما أمر أن رجحان الاولى بمعنى يخصها وهو تقدمها عليه وكذا لو قال ينبغي أن لا يكون للعبادة الثانية شيء لانها مساوية للعتق والعتق مرجوح والمساوى للرجوح مرجوح كذا في الفوائد الجديدة اه فتأمل

(فصل) * ترجمه هذا الفصل في مختصر الكرخي باب الوصايا اذا ضاق عنها الثلث كذا في غاية البيان وقدم المصنف باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ

فصل

وعليه حقوق الله تعالى من صلاة أو صيام أو زكاة أو حج أو كفارة أو نذر أو صدقة فطر

فاما أن يوصى بها أو لا فان كان الثاني لم تؤخذ من تركته ولم تجبر الوارثة على اخراجها لکن لهم أن يتبرعوا بذلك وان كان الاول ينقد من ثلث ماله عندنا ثم الوصايا اما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهم ما للعباد خاصة تقدم ذكرها والله تعالى اما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر أو كله تطوعا كالطعج التطوع

قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ألف درهم) أقول قال في المنظومة في كتاب الاقرار في باب أبي حنيفة خلافا لصاحبيه لو تركت ألف وهذا يدعي * دينا وذاك قال هذا مودعي والابن قد صدق هذين معا * استويا وأعطيا من أودعا

والصدقة على الفقراء وما أشبههما ويجمع بين هذه الوصايا كلها بأن جمع بينها والثالث بمقتضى جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يمتثل ذلك ولكن أجازت الورثة وان لم يجزوها فان كانت كلها لله وهي فرائض كلها أو واجبات كلها وتطوع يسداً بما بدأ به الميت وان اختلطت يسداً بالفرائض قدمها الموصي أو آخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو أهم وان تساوت في القوة يعني ان يكون الكل فرضاً أو واجباً وتطوعاً كما ذكرنا بدئاً بما قدمه الموصي لان الظاهر أنه يتبدى بالاهم فان قيل أين ذهب قول أبي يوسف ومحمد (٤٦٧) ولا معتبر بالتقديم في الذكركانه لا يوجب

التقديم في الثبوت ففي هذه المسئلة حجة لابي حنيفة رحمه الله عليهما أوجب بأن هذا مختص بحقوق الله تعالى لا يكون صاحب الحق واحداً أو اماً اذا تعدد المستحق فلا معتبر بالتقديم كما لو أوصى بثلثه لانسان ثم أوصى بثلثه لآخر وقوله (فالزكاة تعلق بها حق العباد) يعني باعتبار أن الفقير حقه في القبض ثابت فكان بمنزلة جابحين وقوله (اذ جاء فيهما من الوعيد مالم يأت في الكفارات) أما في الزكاة فقوله تعالى والذين يكتزون الذهب والفضة الآية وأما في الحج فقوله تعالى ومن كفر فان الله غف عن العالمين مكان قوله ومن لم يحج وقوله صلى الله عليه وسلم من مات وعليه حجة الاسلام ان شاء مات يهودياً الحديث

فصل ومن أوصى بوصايا (قوله والصدقة على

فصل قال (ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي أو آخرها مثل الحج والزكاة والكفارات) لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الاهم (فان تساوت في القوة بدئاً بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث) لان الظاهر أنه يتبدى بالاهم وذكر الطحاوي انه يتبدى بالزكاة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف وفي رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد وجه الاول انهما وان استويا في الفريضة فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان أولى وجه الأخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصر عليه فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمرتبتهما عليهما في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد مالم يأت في الكفارات بخلاف مسائل هذا الفصل كذا في عامة الشروح (قوله ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي أو آخرها) أقول يشكل اطلاق هذه المسئلة باعتق الموقع في المرض والعق المعلق بعوت الموصي على أصل أبي يوسف ومحمد رحمه الله فان العتق عندهما من حقوق الله تعالى حتى تقبل الشهادة عليه عندهما من غير دعوى كما تقر في محله ومرفى في الباب السابق أيضاً مع انه يقدم على الفرائض منها بالاتفاق وان كان نفسه من التطوعات كما صرح به في عامة المعبرات وذكر في النهاية وغاية البيان أيضاً فلا عن شرح الطحاوي فتأمل (قوله لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الاهم) أقول يرد على ظاهر هذا التعليل أنه يناقض قوله في وضع المسئلة قدمها الموصي أو آخرها اذ على تقدير ان آخر الفرائض تكون بداءته بالنافلة لا محالة فلا يقع منه البداءة هناك بالاهم اذ لا شك ان الاهم هو الفرائض فكيف يتمشى هناك أن يقال الظاهر منه البداءة بما هو الاهم والجواب ان المراد بالبداءة في قوله والظاهر منه البداءة بما هو الاهم هو البداءة في الاعطاء والتملك لا البداءة في الذكر والتلفظ فالعنى ان الظاهر من حال الموصي البداءة في الاعطاء والتملك بما هو الاهم في الشرع وان آخره في الذكر والتلفظ ووجه آخر وهو أن يكون المراد بالبداءة المذكورة بداءة من ينفذ وصاياه ويؤديها الى محلها من الوصي والقاضي ونحوهما لا بداءة نفسه فالمعنى ان الظاهر من حال الموصي أن يقصد بداءة من ينفذ وصاياه ويصرفها الى محلها بما هو الاهم في الشرع من بين ما ذكره نفسه (قوله فان تساوت في القوة بدئاً بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر أنه يتبدى بالاهم) يعني ان تساوت الوصايا التي من حقوق الله تعالى في القوة بان كان كلها فرائض أو واجبات أو نوافل بدئاً بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر من حال الانسان أن يتبدى بالاهم (أقول) لقائل أن يقول في تمام التعليل نظر اذ الظاهر أن الاهم في حقوق الله تعالى ما هو الاقوى منها والمفروض في وضع مسئلتنا هذه تساوى تلك الحقوق فكيف يتصور أهـ مية بعضها من

الفقراء) أقول فانه تقع في كف الرحمن فهي حق الله تعالى (قوله وان لم يجزوها فان كانت كلها لله تعالى) أقول الكلام يحتاج الى توجيه كما لا يخفى (قوله لان الفريضة أهم من النافلة) أقول لعله أراد بالفريضة هنا ما يعم الواجب فلا يخالف جعل الكفارات من الفرائض لما أسلفه أنما من عدها من الواجبات والفريضة لتلك الارادة مقابلتها بالنافلة (قوله فان قيل أين ذهب) أقول يعني في الفصل السابق (قوله في هذه المسئلة حجة لابي حنيفة عليهما) أقول أبو حنيفة لم يعتبر بتقديم في الذكر والا فلا وأوصى بثلثه لانسان ثم به لا خزلزم أن يقدم المقدم وجوابه اعتبار عدم المجانسة عنده فيه صرح به البخاري فراجع (قوله أوجب بأن هذا مختص بحقوق الله تعالى) أقول فيه بحث

والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها دون صدقة
الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها بالقرآن والاختلاف في الاضحية
وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض

بعض وان وجد التفاوت بينهما في القوة من جهة بعد تساويهما في القوة من جهة القرينة أو الوجوب
أو التنقل فان ظاهر أنه أهمها ما هو أقوىها في اعتبار الشرع دون اعتبار الموصى قال أريد بالأهم في قوله
لان الظاهر أنه يتبدى بالأهم ما هو الأهم أي الأقوى في اعتبار الشرع فلا نسلم أن الظاهر أن يتبدى به
اذ لا يهتدى كل أحد الى معرفة ما هو الأقوى في اعتبار الشرع من بين الفرائض أو الواجبات أو
النوافل فكيف يجعل ابنه دأوه بشئ منها دأبلا على كونه أقوى من غيره في اعتبار الشرع وان أريد
بالأهم في ذلك ما هو الأهم عند المبتدئ كما صرح به في الكافي حيث قال لان الظاهر من حال الانسان أن
يبدأ بما هو الأهم عنده فيكون الظاهر أن يتبدى به فسلم لكن كون مثل هذا الظاهر موجبا للبداة
في التنفيذ والاداء بما قدمه الموصى في الذكرك مع العلم بكون ما أخره أهم في اعتبار الشرع غير واضح
فان كون الظاهر من حال الانسان أن يبدأ بما هو الأهم عنده متحقق في المسئلة المتقدمة هنا أيضا مع أنه
لم يعمل به هناك بل عمل هناك بما هو الأهم عند الشرع حيث قدمت الفرائض سواء قدمها الموصى
أو أخرها فليست في الدفع ثم ان صاحب العناية قصد تفصيل المسائل المتعلقة بهذا المقام وضبطها
فقال ثم الوصايا ما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما فالعباد خاصة تقدم ذكرها
ومالله تعالى اما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة أو واجبات كالكفارات والنذور
وصدقة الفطر أو كله تطوعا كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما أشبهها أو يجمع بين هذه الوصايا
كلها فان جمع بينها والثالث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياها كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك
ولكن اجازة الورثة وان لم يجز وما فان كان كلها لله وهي فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ
بعبادته الميت وان اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصى أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات
لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداة بما هو الأهم اه كلامه (أقول) في تقريره
خلل لان ضمير المفعول في قوله وان لم يجزوها ما أن يرجع الى الوصايا الجامعة بين الفرائض والواجبات
والنوافل أو يرجع الى مطلق الوصايا الجامعة كانت بينها أو غير جامعة فان رجع الى الاولى كما هو
الظاهر من سياق كلامه حيث قال فان جمع بينها فساق كلامه الخ يلزم أن لا يصح قوله فان كان كلها لله
وهي فرائض أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بعبادته لان الوصايا التي كلها فرائض والتي كلها واجبات
والتي كلها تطوع قسمان الوصايا الجامعة بينها كما ذكره من قبل فكيف يتصور أن تجعل هنا قسما
منها وان رجع الى الثانية فع كونه مما يابا بساق كلامه يلزم أن يكون كثير من الاقسام مع أحكامها
مهملا متروكا في مقام التفصيل وذلك مثل أن تكون الوصايا كلها فرائض أو واجبات أو نوافل والثالث
يحتمل الكل أو لا يحتمل ذلك ولكن اجازة الورثة فان كلامه قد خرج بقوله فيما قبل فان جمع بينها
ولم يذكر فيها بعد أصلا فيفوت المقصود من البسط والبيان وهو الضبط والجمع ثم ان الشارح المذكور
انما وقع فيما وقع زيادة قوله فان جمع بينها بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها ولو سلك في التقرير
مسلك غيره من شراح هذا الكتاب وغيرهم فقال بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها فان كان
ثلث ماله يحتمل جميع ذلك وساق كلامه الخ سلم عن جميع ما ذكرنا في بيان الخلل تأمل نقف (قوله
وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض) قال الشراح فن ذلك أن يقدم صدقة الفطر
على النذور لكونها واجبة بإيجاب الشرع وكون النذور واجبة بإيجاب العبد اه (أقول) لقائل أن

وقوله (والكفارة في القتل
والظهار واليمين مقدمة
على صدقة الفطر) ترك
كفارة الافطار لانها ليست
مقدمة على صدقة الفطر
لثبوتها بخبر الواحد
وثبوت صدقة الفطر
بأنار مستفيضة وقوله
(وعلى هذا القياس
يقدم بعض الواجبات
على البعض) فن ذلك أن
تقدم صدقة الفطر
على النذور لكونها واجبة
بإيجاب الشرع والنذور
واجب بإيجاب العبد
والنذور تقدم على
الاضحية لوقوع الاختلاف
في وجوبها دون وجوب
النذور

(وماليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا) يعني قوله لان الظاهر انه يتدنى بالاهم وصار كما اذا صرح بذلك وقال ابدوا بما بدأت به ولو قال كذلك لزم تقدم ما قدم فكذا هو ظاهر الرواية وروى الحسن عن اصحابنا انه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعنق مثلا سوا مرتب على هذا الترتيب اول مرتب وما جمع بينهم ما قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان الله وما كان للعبد وتجمع ل كل جهة من جهات القرية مفردة بالضرب ويقسم على عددها فاذا قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولزم يقسم على أربعة أسهم لان المقصود بجميعها وان كان متحدا وهو (٤٦٩) رضا الله فكل واحدة في نفسها

مقصودة فتفرد كما تفرد وصايا الأديمين فان الجميع منها وان كان المقصود منه القرية اذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذا هذا قال (ومن أوصى بحجة الاسلام أجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا) لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه أن يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال (فان لم تبلغ الوصية النفقة أجوا عنه من حيث تبلغ) وفي القياس لا يحج عنه لانه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير أن أجورنا لانا نعلم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو أدنى من ابطاها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعنق من قبل قال (ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق وأوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده) عند أبي حنيفة وهو قول زفر وقال أبو يوسف ومحمد يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق

قال (وماليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي) لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان الله تعالى وما كان للعبد فأصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصودة فتفرد كما تفرد وصايا الأديمين فان الجميع منها وان كان المقصود منه القرية اذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذا هذا قال (ومن أوصى بحجة الاسلام أجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا) لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه أن يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال (فان لم تبلغ الوصية النفقة أجوا عنه من حيث تبلغ) وفي القياس لا يحج عنه لانه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير أن أجورنا لانا نعلم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو أدنى من ابطاها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعنق من قبل قال (ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق وأوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده) عند أبي حنيفة وهو قول زفر وقال أبو يوسف ومحمد يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق

بعارض ويقول عرف وجوب النذور بالقرآن وهو قوله تعالى وليوفوا نذورهم وعرف وجوب صدقة الفطر بالسنة فينبغي أن تقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كما قدم الكفارة في القتل والظهار واليمين علم بذلك على ما ذكر في الكتاب (قوله قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان الله تعالى وما كان للعبد الخ) وفي غاية البيان قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي فان قيل اذا كانت الوصية بحجة الاسلام فينبغي أن تقدم على الوصية لانسان لان ذلك ليس بفرض والحج فريضة قلنا هذا اذا اتحد المستحق فاما عند اختلاف المستحق فلا تعتبر قوة الوصية اه (أقول) في الجواب نظر فانه منقوض بالعنق الموقع في المرض والعنق المعلق بموت الموصي وبالمحابة في البيع اذا وقعت في المرض فان كلامنا يقدم على جميع سائر الوصايا ما كان الله وما كان للعبد لقوة العنق من حيث انه لا يلحقه الفسخ أصلا وقوة المحابة أيضا من حيث انه لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي كما مر في باب العنق في المرض ولولم تعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت المحابة عند اجتماعهما وصايا من حقوق الله تعالى لان المستحق في المحابة هو العبد وفي حقوق الله تعالى هو الله تعالى فلهذا عند اختلاف المستحق وكذا الحال في العنق الموقع في المرض أو المعلق بالموت عند اجتماعهما مع حقوق الله تعالى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان العنق حق العبد عنده وعند اجتماعهما مع حقوق العباد عند صاحبيه لان العنق حق الله تعالى عندهما على ما عرف تدبر

بنفسه لتجهز من حيث هو فكذلك اذا أوصى

(قوله وروى الحسن عن اصحابنا انه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدقة الخ) أقول قال السرخسي في محيطه لان الصدقة أفضل الطاعات وأجود الخيرات قال عليه الصلاة والسلام تباهات العبادات عند الله تعالى فقالت الصدقة أنا أفضلها ولان نفعها عائد الى غيره ونفع غيرها مقتصر عليه وقال عليه الصلاة والسلام خير الناس من نفع الناس والحج أفضل من العنق لانه من الاركان الخمسة والبداءة بالافضل أولى لانه أجزل ثوابا وأعظم أجرا اه وأنت خير بأن قوله ونفع غيرها مقتصر عليه منقوض بالعنق

وقوله (لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب به الخ) مدفوع بقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة فان الخروج للحج ليس منه ورد بان المكفر اذا اطعم بعض المساكين ومات فأوصى وجب الا كمال بما يبقى بالاتفاق ولم ينقطع ما اطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الأمر بدليل أن الاول اذا بدا له في الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى (٤٧٠) بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضا الوصى لم يجز ولزمه رد ما أنفقته وأما الاطعام

فانه يقبل التجزى حتى ان المأمور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين التجزى وغيره في الانقطاع الا أن يقال التجزى في الاطعام مستند الى الكتاب فانه لم يشترط فيه التابع أصلا حتى لو جامع في خلال الاطعام مثلاً لم يجب عليه عادة ما سبق والكتاب أقوى وان كان دلالة فعل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به وقوله (على ما قررناه) أراد به قوله قيل هذا ومن أوصى بحجة الاسلام أججوا عنه رجلا الخ

قال المصنف (لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب به) أقول وقد روي العلامة التستبي في الكافي دليل الطرفين هكذا لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب به وقد وقع أجره على الله تعالى لقوله تعالى ومن يخرج من بينه مهاجراً الآية ولم ينقطع بموته بل يكتب له حج مبرور فيبدأ من ذلك

لهما أن السفر بنية الحج وقع قرب به وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله فيبتدئ من ذلك المكان كأنه من أهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قرب به فيجى عنه من بلده وله أن الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه أداء الواجب على الوجه الذي وجب والله أعلم

(قوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب به وسقط فرض قطع المسافة بقدره الخ) قال صاحب العناية قوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب به الخ مدفوع بقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة فان الخروج للحج ليس منه ورد بان المكفر اذا اطعم بعض المساكين فأتى وأوصى به وجب الا كمال بما يبقى بالاتفاق ولم ينقطع ما اطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الأمر بدليل أن الاول لو بدا له في الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضا الوصى لم يجز ولزمه رد ما أنفقته وأما الاطعام فانه يقبل التجزى حتى ان المأمور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين التجزى وغيره في الانقطاع الا أن يقال التجزى في الاطعام مستند الى الكتاب فانه أقوى وان كان دلالة فعل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به الى هنا لفظ العناية (أقول) السؤال والجواب اللذان ذكرهما بقوله ورد وأجيب مذكوران في النهاية وغيرها وتصرف هذا الشارح نفسه انما هو في قوله وهذا ليس بدافع الخ ساقط اذ ليس مدار الجواب المذكور على ان التجزى لا ينقطع وغير التجزى ينقطع حتى يرد عليه ما قاله من ان الحديث لم يفصل بين التجزى وغيره بل مداره على ان الانقطاع لا يضر في التجزى وانما يضر في غير التجزى فان كل عمل غير متجزأ اذا انقطع قبل التمام يبطل من الاصل بالضرورة ويلحق بالعدم كما في الصوم والصلاة والحج غير متجزأ اذا انقطع بموت الحاج في الطريق وجب أن يحج من بلده الموصى أداء الواجب على الوجه الذي وجب عليه بخلاف العمل المتجزى فانه لا يلزم من انقطاعه قبل تمامه أن يبطل من الاصل بل يجوز أن ينتمى الاخر ما يبقى منه كما اذا أطعم المأمور بالاطعام بعض المساكين ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئه كما نص عليه في الاسرار وعلى هذا كان الجواب المذكور دافعا للسؤال قطعا واعدم فرق الشارح المزبور بين المدارين قال في تقرير السؤال ولم ينقطع ما اطعمه بالموت والواقع في النهاية يدل ذلك ولم يبطل هناك ما اطعمه بالموت وفي معراج الدراية بدله ولم يجب الاستئناف هناك بل وجب الا كمال بما يبقى بالاتفاق ثم ان مدار التوجيه الذي ذكره صاحب العناية بقوله الا أن يقال التجزى في الاطعام مستند الى الكتاب الخ على ان التجزى ينافي الانقطاع والالم يكن بين الحديث المذكور والكتاب الدال على تجزى الاطعام تعارض أصلا حتى يترك العمل بالحديث المذكور في حق الاطعام ويعمل بالكتاب فيه لقوته وقد عرفت أن التجزى لا ينافي الانقطاع بل يتحقق الانقطاع في التجزى وغيره الا أن كمال بما يبقى متصور في التجزى دون غيره فلا يقتضى العمل بالكتاب في حق الاطعام ترك العمل بالحديث المذكور في حق ذلك كما لا يخفى فما ارتكبه الشارح المزبور هنا من ضيق العطن كما ترى

المكان كأنه من أهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج بنية التجارة لانه لم يقع قرب به فيجى عنه من بلده وله أن عمله انقطع بموته اقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة وان الخروج للحج ليس من الثلاثة ولا بناء على الانقطاع ونظر بموته أن سفره كان سفر الموت لا سفر الحج فكان هذا في المعنى وخروجه للتجارة سواء ونعمه يحج عنه من بلده فهنا كذلك (قوله حتى ان المأمور بالاطعام) أقول يعني في كفارة الظهار

*** (باب الوصية للاقارب وغيرهم) ***

انما آخر هذا الباب عما تقدمه لان في هذا الباب ذكر أحكام الوصية (٤٧١) اقوم مخصوصين وفيما تقدمه

ذكر أحكامها على وجه العموم والخصوص أبداً يتناول العموم قال (ومن أوصى لجيرانه فهم الملائقون) كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظر الى ترجمة الباب ويحجزان يقال الواو لا تدل على الترتيب وان يقال فعل ذلك اهتماً بما أمر الجار (قوله لانه لما تعذر صرفه الى الجميع) يعني لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض صرف الى أخص الخصوص وهو الملائق وقوله (وذلك عند اتحاد المسجد) قيل حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجميع جيران

*** (باب الوصية للاقارب وغيرهم) ***

(قوله كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظراً الى ترجمة الباب) أقول فانه نص على خصوص الاقارب وقدم على غيرهم المذكور مجزئاً وكل ذلك يدل على أهميته وما ذكره بقوله ويجوز لا بدفعه وكذا قوله وان يقال الخ نعم يمكن أن يقال لكل

*** (باب الوصية للاقارب وغيرهم) ***

قال (ومن أوصى لجيرانه فهم الملائقون عند أبي حنيفة وقالاهم الملائقون وغيرهم من يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد المحلة) وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملائقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة به هذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى أخص الخصوص وهو الملائق وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيراناً عرفاً وقد تأيد بقوله صلى الله عليه وسلم لاصلاة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصد جيران الجيران واستحباه ينتظم الملائق وغيره لانه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رحمه الله الجوار الى أربعين داراً بعيد

*** (باب الوصية للاقارب وغيرهم) ***

آخر هذا الباب عما تقدمه لانه ذكر في هذا الباب أحكام الوصية لاقوم مخصوصين وذكر فيما تقدمه أحكام الوصايا على وجه العموم والخصوص أبداً يتناول العموم كذا في الشروح (قوله ومن أوصى لجيرانه فهم الملائقون) قال صاحب العناية كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظر الى ترجمة الباب ويجوز أن يقال الواو لا يدل على الترتيب وأن يقال فعل ذلك اهتماً بما أمر الجار اه كلامه (أقول) كل واحد من توجيهيه كاسد أما الاول فلأن الواو انما لا يدل على الترتيب الخارجى أى لا يدل على وقوع مدخوله في الخارج بعد وقوع المعطوف عليه فيه وأما ما تأخر مدخوله في الذكر عن المعطوف عليه فامر ضرورى ولا يخفى ان مدار قوله كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظر الى ترجمة الباب على الثانى يعنى لما قدم ذكر الوصية للاقارب في ترجمة الباب كان حق الكلام ان يقدم ذلك في بسط المسائل أيضاً ليحصل التناسب بين الاجال والتفصيل وعدم دلالة الواو على الترتيب في الوقوع الخارجى لا يدفع ذلك بل لا ريب وأما الثانى فلان الاهتمام بما أمر الجار لو كان واجباً أو مستحباً لكان ذلك في ترجمة الباب بأن قال باب الوصية للجيران وغيرهم والمالم يفعل هناك علم ان اهتمامه كان بما أمر الاقارب فكان حق الكلام هنا أن يساق على منواله رعاية للتناسب (قوله ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى أخص الخصوص وهو الملائق الخ) أوضحه في الكافي حيث قال ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع ألا يرى أنه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الارض وجار القرية صرف الى أخص الخصوص وهو الملائق اه وعن هذا قال في العناية في شرح قول المصنف لما تعذر صرفه الى الجميع يعنى لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض (أقول) لقائل أن يقول عدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض في الوصية لجيران الموصى لعدم انطلاق لفظ الجيران المضاف الى الموصى نفسه على شئ من ذلك لاحقة حقيقة ولا عرفاً بخلاف من يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد محلة اه فان هؤلاء كلهم يسمون جيران الموصى عرفاً كما سيأتى في وجه الاستحسان فلا يلزم من تعذر صرفه الى الجميع تعذر صرفه الى أهل مسجد محله كما قاله الامامان حتى يتعين صرفه الى أخص الخصوص كما قاله أبو حنيفة فتأمل (قوله ولان المقصد جيران الجيران فاستحباه ينتظم الملائق وغيره) أقول ولقائل أن يقول نعم ان مقصود الموصى من إصابته لجيرانه الجيران لكن الجيران هم الملائقون لا غير لان الجار من المجاورة وهي الملائقة فكيف ينتظم الملائق وغيره وان صير الى كون غير الملائق أيضاً من أهل المحلة جيراناً عرفاً يلزم المصير الى الدليل

من الاقارب والجيران خصوصية تستدعى الاهتمام فنبه على أهمية كل منهم من وجهه بطريق حيث قدم الاقارب في الاجمال والجيران في التفصيل

وقوله (وما يروى فيه ضعيف) يعني (٤٧٣) ما يروى أنه صلى الله عليه وسلم قال الجار أربعون دارا هكذا وهكذا أربع مرات إشارة إلى

الجوانب الأربعة فان قيل هذا خبر لا يعرف راويه وقال ابن قدامة هذا ان صح كان نصافي الباب وقد طعن في راويه (قالوا ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر واللاتي والمسلم والذي) قال محمد في الزبادات وينبغي على قياس قول أبي حنيفة أن يدخل السكان تحت الوصية من الجيران المتلاصقين وان كانوا لا يملكون المسكن ومن كان مالكاً ولم يكن ساكناً لا يدخل قال أبو بكر بن شَاهُويه هذه كرخ دانية من محمد في مذهب أبي حنيفة وليس كذلك فإنه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو الملاك وأقول ينبغي على قول محمد أن لا يدخل الذي لان المسجد لا يضم إليه الا اذا أريد بانحداد المسجد سماع الاذان وقوله (ومن أوصى لاصهاره) أي لأقرباء امرأته قال في الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة وانما قال وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة

(قوله إشارة إلى الجوانب الأربعة) أقول وفي بعض الشروح أشار إلى الجوانب الثلاثة عين ويسار وخلف (قوله وقال ابن قدامة) أقول

وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر واللاتي والمسلم والذي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لا طلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال (ومن أوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته) ما يروى أن النبي عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها كراما لها وكانوا يسمون أصهار النبي عليه الصلاة والسلام وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل أصهار ولومات الموصى والمرأة في نكاحه أو في غنائه من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية

الأول فلا يكون له هذا التعليل دلالة ثانيا كما هو مقتضى التحرير وجهه كما لا يخفى (قوله قالوا ويستوى فيه الساكن والمالك والذكر واللاتي والمسلم والذي لان اسم الجار يتناولهم) أقول التعميم للمستفاد من قولهم ويستوى فيه الساكن والمالك يتأني في تقييد المصنف فيما مر بقوله من يسكن محلة الموصى إلا أن يكون مانق له ههنا عن المشايخ رواية أخرى لكن أسلوب تحريره بأبي ذلك كما لا يخفى على الفطن وقال بعض المتأخرين المفهوم من قول المصنف من يسكن محلة الموصى الخ اشتراك السكنى في استحقاقهم الوصية عندهما مالا كأولادهم ومما نقله عن المشايخ عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا مالا كابدليل تخصيص خلافهما بالعبد الساكن فتأمل اه كلامه (أقول) ليس هذا تمام لان تخصيص خلافهما بالعبد الساكن انما يكون دليلا على عدم الخلاف في الحر الساكن لا على عدم الخلاف في الحر الغير الساكن اذا كانوا مالا كما حقي بفهم منه عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا مالا كما ثم ان تعليل قولهم ما في العبد الساكن بقوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن عندهما في اشتراط السكنى عندهما في استحقاقهما الوصية وان كانوا أحرارا وملا كافانه قال وهو غير ساكن ولم يقل وهو غير مالك لادار قد قطعنا على ان عدم دخول العبد الساكن عندهما لعدم تحقق سكنى مولاه الذي هو الموصى له في الحقيقة وهذا انما يتم باشتراط السكنى عندهما في استحقاقهم الوصية فلا معنى لاستنباط عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا مالا كما من الخلافية المذكورة كما فعله ذلك البعض (قوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن) قال بعض المتأخرين ولقائل أن يقول لعله أراد دخوله كون نفسه موصى له ومستحق الوصية فجعل على أنه لو أعتق قبل موت الموصى صار مستحقا له ولا يضره كونه عبدا وقت الوصية اذا العبرة بوقت الموت فالخلاف بينهما غير حقيقي وأيضا الوصية بدأ للعبد ثم لمولاه لان العبد وما يملكه لمولاه فسكناء كاف في استحقاقه الوصية فتأمل الى هنا كلامه (أقول) كل من شفى كلامه غير صحيح أما الأول منهم فلان العبرة اذا كانت بوقت الموت دون وقت إيجاب الوصية كان الخلاف المذكور بينهما فبين كان عبدا وقت الموت وكان الخلاف في ذلك حقيقيا لا محالة وأما الذي كان عبدا وقت الإيجاب ثم أعتق قبل الموت فصار حرا وقت الموت فخارج عن محل الخلاف المذكور قطعا لانه لما صار حرا في الوقت الذي له العبرة في أحكام الوصية عامة وهو وقت موت الموصى صار من قبيل سائر الأحرار بلا تفاوت فلا يصلح أن يكون محل الخلاف فيما نحن فيه بل لا ريب فكيف يحمل الكلام عليه وأما الثاني فلأنه لا شك أن ليس معنى الوصية للعبد أن يملك شيء للعبد عليه كما مضى إلى الموت فملكه العبد ابتداء عند الموت ثم ينتقل الملك من ذلك العبد إلى مولاه ثانيا بل معناه أن يملك شيء لمولى العبد كما هو الحال في سائر التمليكات للعبد على ما صرحوا به ولا يلزم أن يكون العبد أهلا للملك لنفسه ابتداء ولم يقل به أحد فاذن كانت الوصية للعبد وصية لمولاه وكان التملك تملك لمولاه فلا معنى لقول ذلك البعض فسكناء كاف في استحقاقه الوصية تأمل ترشد (قوله ومن أوصى لاصهاره) قال صاحب النهاية أي لأقرباء امرأته وفي الصحاح الاصهار أهل

لان الصهر في اللغة يعني بمعنى الختن أيضا وقوله (وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها) يعني وان ورثت منه بان يكون الطلاق في المرض وقوله (ومن أوصى لاختاته) يعني ان الاختان نطلق على أزواج المحارم كزوج البنت والاخت والعمة والحالة وغيرها وعلى محارم الأزواج فيكون كل ذي رحم محرم من أزواج المحارم من الذكور والانثى كلهم في قسمة الثلث سواء وقوله (ومن أوصى لأقاربه) يعني تصرف الى اثنين فصاعدا الاقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم من جهة الاب أو الام غير الوالدين والولد اذا لم يكن فوارثين عند أبي خنيفة وقوله (وفائدة الخلاف تطهر في آل أبي طالب) يعني أن الموصى اذا كان (٧٣ ع) علويا فعلى القول الاول أقصى الاب على

فلا يدخل في الوصية أولاد عقيل وجعفر وعلى القول الثاني أقصى الاب أبو طالب لانه أدرك الاسلام وان لم يسلم فدخل فيه أولاد عقيل وجعفر وبقيته كلامه واضح الى قوله ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه وهو جواب عن قولهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسم المان قامت به فينتظم من القرابة فيكون اسم المان قامت به وبين كونه منروكا بالاجماع بقوله (فان عنده) أي عند أبي خنيفة بقيد بما ذكرناه من الأقرب فالأقرب بالقبول السنة التي ذكرناها (وعندهما بأقصى أب له في الاسلام وعند الشافعي بالاب الأدنى) وما كان منروكا بالاجماع لا يصح الاستدلال به لاحالة وقوله

(قوله لان الصهر في اللغة يعني بمعنى الختن أيضا) أقول بدليل قولهم لكل أي بنت اذا ما تزوجت * ثلاثة أصهار اذا عتد الصهر فأولهم خدرونا ثم امرؤ * وثالثهم قبر وخيرهم القبر

وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهر به بقاء النكاح وهو شرط عند الموت قال (ومن أوصى لاختاته) فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا محارم الأزواج لان الكل يسمى ختناء لـ هـ ذافي عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والأقرب والأبعد لان اللفظ يتناول الكل قال (ومن أوصى لأقاربه فهمي للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولدو يكون ذلك للاثنتين فصاعدا وهذا عند أبي خنيفة وقال صاحب الوصية لكل من ينسب الى أقصى أب له في الاسلام) وهو أول أب أسلم أو أول أب أدرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تطهر في أولاد أبي طالب فانه أدرك الاسلام ولم يسلم لهـ ما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسم المان قامت به فينتظم بحقيقة مواضع الخلاف وله أن الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصود من هذه الوصية تلافى ما فرط في إقامة واجب الصلاة وهو يختص بذى الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون أقرباء ومن سمي والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه فعنده يقيد بما ذكرناه وعندهما بأقصى الاب في الاسلام وعند الشافعي بالاب الأدنى

بيت المرأة اه واقتنى أثره في هذا التفسير والاستشهاد بما في الصحاح صاحب العناية ومعراج الدراية (أقول) تفسير الاصهار في هذه المسئلة بأقرباء امرأته لا يناسب قول المصنف فيما بعد وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار فان كلامهم ليس من أقرباء امرأته مع انهم يدخلون في الإيضاء بالاصهار بناء على كون كلهم اصهارا كما صرح به المصنف فالوجه أن يفسر الاصهار في هذه المسئلة بما هو أعم من أقرباء امرأته وقد جاء في اللغة جعل الاصهار أعم من أقرباء المرأة قال في الصحاح الاصهار أهـ لبيت المرأة عن الخليل قال ومن العرب من يجعل الصهر من الإجماع والاختان جميعا اه وقال في القاموس الصهر بالكسر القرابة وحرمة الختونة جمع اصهار ثم قال وزوج بنت الرجل وزوج اخته والاختان اصهار أيضا اه تدبر (قوله وله أن الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية) أقول فيه بحث وهو انه ان أراد أن الوصية اخت الميراث في جميع الاحكام فهو ممنوع كيف وقد مر في الكتاب أنه يجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم بلا خلاف ولا توارث بينهما ما لا خلاف الدين على ما تقر في محله وكذا قد مر فيه أنه تجوز الوصية للقاتل عند اجازة

اه من شرح الزبائد للعنابي (قوله فصاعدا الأقرب

(٦٠ - تسكملة ثامن)

فالأقرب) أقول يعني يقدم الأقرب فالأقرب وبالجملة فيه شرائط الاول أن يكون اثنين فصاعدا والثاني كونه قريبا والثالث كونه من ذي رحم محرم والرابع كونه من جهة الآباء والام والخامس كونه غير الوالدين والولد والسادس عدم كونه وارثا قال المصنف (وقال صاحب الوصية لكل من ينسب الى أقصى أب له في الاسلام) أقول قال في الكافي يستوي فيه الأقرب والأبعد والواحد والجمع والكافر والمسلم انتهى وهذا الكلام لمحمد يخالف ما قاله اذا أوصى رجل لامهات أو ولاده بالثلث والفقراء والمساكين حيث اعتبر فيه معنى الجمعية ولم يعتبر هنا

(واذا أوصى لأقاربه وله عمن وخالان) يعني وله ولد بحرم من يرثه فالثالث لعميه وهذا إلى آخره تفصيل ما أجمله من القيود على مذهب أبي حنيفة وقوله (لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية) يعني لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا إذا انفرد كان له النصف أيضا واعترض بأن في هذا جعل لعم المرحوم بمنزلة المرحوم حيث قال إذا كان معه عم آخر كان له النصف فكذا إذا لم يكن معه عم آخر وحينه ذلك كان لقائل أن يقول إذا كان عم واحد كان له الثلث لأنه إذا كان معه عمن كان له الثلث فكذا إذا لم يكن معه غيره وعلى هذا يقال يجب له الربع أو الخمس عند انفراده على تقدير أن يكون معه

(٤٧٤)

قال (واذا أوصى لأقاربه وله عمن وخالان فالوصية لعميه) عنده اعتبار بالاقرب كما في الارث وعندهما بينهم اربعة اقسام لا باعتبار ان الاقرب (ولو ترك عمن وخالين فلعم نصف الوصية والنصف للخالين) لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحرم الواحد كما إذا كان له اقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ولو ترك عمن وخالين فالوصية للعم والعمه بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى والعمه وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب برقيقا أو كافرا وكذا إذا أوصى لذوي قرابته أو لأقربائه أو لأولادهم في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال ومن أوصى لأهل فلان فهي على زوجته عند أبي حنيفة وقال يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى واثبتوني بأهلكم أجمعين وله ان اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله

ثلاثة أعمام أو أربعة أعمام وهم جرا وأجيب بأن ذلك غير لازم لان اعتبار الجموع كلها ساقط لتعذر فتح بين أدنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان لتيقنه والعم الواحد نصف الاثنان فيكون له نصف مالهما وإذا أخذ العم النصف صار كأن لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي قولهما الثلث بينهم اقلانا وقوله (لما بيناه) أراد به قوله لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الخ وقوله (وهي أقوى) أي قرابة العمومة أقوى من قرابة الخولة وقوله (والعمه) وان لم تكن وارثة) جواب عما يقال العمه لا تستحق العصوبة ويقدم العم على الاخوال بسببها فلم تكن قرابتها أقرب ووجهه أنها مستحقة للوصية ومساوية للعم في الدرجة وعدم استحقاقها العصوبة لوصف قام بها وهو الاثنية لا يخرجها عن مساواتها

الورثة اياها على ما تقر في محله عند أبي حنيفة ومحمد ولا يجوز الميراث للقاتل عند أحد ولو أجازته الورثة كما صرحوا به وكذا امر فيه أنفا في مسألة الإبضاء لا ختانه أنه يستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد ولا ميراث للعبد أصلا ولا يستوي في الميراث الاقرب والابعد على ما تقر وان أراد ان الوصية أخت الميراث في بعض الاحكام فهو مسلم لكنه لا يفيد المطلوب اذا الخصم لا يسلم كون ما نحن فيه من ذلك القبيل بل هو أول المسئلة ثم ان أبي حنيفة رحمه الله لم يعتبر الاخوة بين الوصية والميراث في مسئلتنا هذه أيضا من جهات متعددة حيث قال فيها باستواء الحر والعبد والذكرو والانثى والمسلم والكافر كما قال به صاحباه على ما نص عليه الامام الزبيدي في التبيين حيث قال ويستوي الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكور والانثى على المذهبين اهـ وقد أفصح عنه في الكافي وغيره أيضا ولا ميراث للعبد والكافر أصلا فضلا عن التساوي مع الحر والمسلم وأما الانثى فانها وان ورنث الا أنها لا تستوي مع الذكور في الاستحقاق البتة فلم يعتبر الاخوة بين الوصية والميراث في هاتيك الامور في مسئلتنا هذه أيضا فكيف يتم الاستدلال على مدعى أبي حنيفة ههنا بأن الوصية أخت الميراث فيعتبر فيها ما يعتبر فيه ولعل صاحب البدائع تظن أنه لم يتعرض في الاستدلال على قول أبي حنيفة في هذه المسئلة لحديث الاخوة بين الوصية والميراث بل استدلل عليه بوجه آخر ذكره وفصله كما لا يخفى على الناظر في كتابه ذلك (قوله وله ان اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة) أقول في الاستدلال بقوله تعالى وسار بأهله

ومنه

العم في استحقاق هذه الوصية كاعم الرقيق أو الكافر لما ان حرمان الميراث لوصف قام به لضعف في

القرابة وقوله (لانسابه) الانساب جمع النسب وهو القريب كالانسابه في جمع النصيب وقوله (في جميع ما ذكرنا) يعني من القيود المذكورة على قول أبي حنيفة خلافا له ما قال (ومن أوصى لأهل فلان فهي على زوجته) الوصية لأهل فلان تنصرف الى الزوجة عند أبي حنيفة والى كل من يضم نفقة فلان من الاحرار عندهما اعتبارا للعرف المؤيد بقوله تعالى واثبتوني بأهلكم أجمعين فإنه ليس المراد به الزوج خاصة وكذا قوله تعالى فيجزيهم وأهله الامر أنه وله ان الأهل في الزوجة حقيقة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله فلا يصار الى غيرهما مع امكان العمل بها

قبل في الاستدلال بهذه الآية تطرأ له خاطب بلفظ الجمع بقوله امكثوا والمرأة لا تخاطب بذلك والجواب انه لم يقل انه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها من ضمهم نفقته فان كان معهم من الأرقاء أحد لم يدخل فيه بالاتفاق على أن الحقائق لا يستدل عليها إلا بطريق معرفتها السماع كما عرف في الأصول وإنما استشهد بالآية تأييداً فان ثبت أن ما في الآية ليس على معنى الحقيقة لا ينافي مطلوبه كالاتي استدل بها وقوله فلان تاهل ببلدة كذا هو المسموع الدال على الحقيقة لتبادر الفهم اليه وقوله (لأن الإنسان يتجنس بآبيه) فان ابراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من جنس قريش وأولاد الخلفاء صلحوا بالخلافة وان كان أكثرهم من الأماء فعلم أنهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الأم وقوله (ولو أوصى لا يتم فلان) اليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم قال صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد احتلام والعميان والرمي معروفة والارمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلاً كان أو امرأة من أرمل اذا افتقر من الرمل كادفع من الدفعا وهي التراب ومن الناس من قال الارمل في النساء خاصة والمختار عند المصنف هو الاول حيث قال ذكورهم وانا منهم وهو اختيار الشعبي فاذا أوصى لهؤلاء فاما أن يكونوا قوماً يحصون أو لا فان كان الاول وحذا الاحصاء عند أبي يوسف أن لا يحتاج في الاحصاء الى كتاب ولا حساب فان احتج الى ذلك فهم لا يحصون وقال محمد اذا كانوا أكثر من مائة فانه لا يحصون وهو الايسر وقال بعضهم هو مفوض الى رأي القاضي دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم وانا منهم لان الوصية (٤٧٥) تملك وتحقق التملك فيهم يمكن

وان كان الثاني فالوصية
لفقراء منهم لما ذكره في
الكتاب وهو واضح

(قوله قبل في الاستدلال)
أقول القائل هو الاتقاني
(قوله على أن الحقائق
لا يستدل عليها) أقول ان
أراد أنه لا يستدل عليها
بالقياس فسلم ولكن
ليس الاستدلال عليها
بالآية الكريمة كذلك
بل هو من قبيل السماع
وان أراد مطلقاً فغير مسلم
(قوله كالاتي)
استدل بها) أقول منها
ما ذكره في الكتاب ومنها

ومنهم قواهم تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة قال ولو أوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان آل القبيلة التي ينسب اليها ولو أوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده لان الأب أصل البيت ولو أوصى لاهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه لان الإنسان يتجنس بآبيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الأم والأب ولو أوصى لا يتم بنى فلان أو لعميانهم أو لرميهم أو لاراملهم ان كانوا قوماً يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم وانا منهم لانه يمكن تحقيق التملك في حقهم والوصية تملك وان كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القرية وهي في سد الحاجة وتوردها الجوع وهذه الاسامي تشعر بتحقيق الحاجة فجاز حملها على الفقراء

نظر لانه انما يدل على أن لفظ الاهل يطلق على الزوجة بطريق الحقيقة ولا يدل على انه لا يطلق على غيرها أيضاً بطريق الحقيقة اذ لا يلزم من أن يراد بلفظ في موضع فرد مخصوص من أفراد معناه أن لا يجوز اطلاق ذلك اللفظ بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد ذلك المعنى ألا يرى انك اذا قلت رأيت انساناً بفعل كذا وأردت بالانسان هناك فرداً مخصوصاً من أفراد لا يلزم منه أن لا يطلق لفظ الانسان بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد في موضع آخر فاذا ثبت بذلك الآية مطلوب أبي حنيفة هنا وهو اختصاص الوصية لاهل فلان بزوجه بل يجوز أن تناول غيرها أيضاً كما قال صاحبنا واعترض عليه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال وقول صاحب الهداية وغيره في الاحتجاج لابي حنيفة بقوله تعالى

فتجنسوا وأهله الامراته ومنها ووهبنا له أهله ومثلهم معهم كذا قال الاتقاني وقال ولم يرد في هذه المواضع الزوجة خاصة فتحمل على الكل الا أن الممالك لا يدخلون لانهم خدم الاهل تبع لهم (قوله اليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم) أقول قوله قبل طرف لاسم والظاهر أنه من باب التنازع قال الكاكي اليتيم صغير لا أب له وفي الجامع الكبير لشمس الائمة فان قيل أليس ان الكفار يسمون رسول الله صلى الله عليه وسلم يقيم أبي طالب قلنا هذا لطف من الله تعالى له عليه الصلاة والسلام فانهم كانوا يسمون اليتيم وهو ليس بيتيم فلا يتناولهم سبهم كما يسمون مذمماً وهو ليس كذلك بل كان محمداً عليه الصلاة والسلام انتهى (قوله والارمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلاً كان أو امرأة) أقول في المحيط الارمل كل امرأة فقيرة بلغت فارقها زوجها أو مات عنها دخل بها أو لم يدخل وقول محمد حجة وهكذا قال صاحب الزاهر ان الارملة هي التي لا زوج لها مأخوذة من قولهم أرمل القوم اذا قضي زادهم والذكري يسمى أرملاً مجازاً خلافاً للشعبي وابن قتيبة قال صاحب الزاهر لا يقال رجل أرمل الا في الشذوذ ومطلق الكلام يحمل على الشائع المستفيض بين الناس لا على الشاذ النادر انتهى (قوله والمختار عند المصنف هو الاول حيث قال ذكورهم وانا منهم) أقول في دلالة ذلك على ما ذكره بحث فان الظاهر ان كلامه على التوزيع بناء على عدم الالتباس وانظر الى الكافي (قوله وقال بعضهم هو مفوض الى رأي القاضي) أقول وعليه الفتوى (قوله دخل في الوصية فقراؤهم) أقول هذا جواب ان كان الاول

وقوله (بخلاف ما إذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون أو لأبى بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية) فيه إشارة إلى أنهم إذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغني والفقر وهل يدخل الذكروا لا في الأباي دخوله في الأرامل أو لا قال الكرخي يدخل لأن الأيم هي التي لا زوج لها بكرة كانت أو نبيا أو يقال رجل أيم أيضا وقال محمد الأيم هي النيب خاصة وقول المصنف محتمل والظاهر دخوله لأنه تركه اعتمادا على ذكره في الأرامل وانما بطلت الوصية في الشبان والأباي لأنه ليس في اللفظ ما يدل على الفقر حتى يصرف إلى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تليكا في حق الكل للجهالة الفاحشة وتعذر الصرف إليهم لكثرتهم فبطلت قال محمد الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر والفقي من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكل أهله إذا بلغ أربعين فرزاد عليه وما بين خمسين إلى ستين إلى أن يغلب الشيب فينشد يكون شيئا وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتبارا بمعنى الجمع وأقله اثنان في الوصايا على ما مر وقوله (ولو أوصى لبنى فلان) يعني إذا أوصى لبنى فلان فلا يخلو ما ان يريد مفهومه الاضافي أو يكون اسم قبيلة أو فخذ فان كان الاول لم يدخل فيه الاثان عند أبي حنيفة رجع إليه وكان يقول أو لا يدخل وهو قولهما والخلاف عند الاختلاط أما إذا كانت الاثان منفردات فلا تدخل بالاتفاق وجه قولهما ان جمع الذكور يتناول الاثان وقد عرف في موضعه ووجه قوله الآخر ان حقيقة هذا الاسم وانتظامه الاثان تجوز ولا يصار إليه عند امكان العمل بالحقيقة وان كان الثاني يتناول لان المراد به مجرد الانتساب لبنى آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم يقسم الوصي بين من يقدر عليهم من فقرائهم قال (ومن أوصى لولد فلان) ومن أوصى لولد فلان اما أن يكون أبنا خاصا أو فخذ فان كان (٤٧٦) الاول فالوصية تناولت الاولاد دون أولادهم الذكروا لا في الاثان عند الانفراد

بخلاف ما إذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون أو لأبى بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لأنه ليس في اللفظ ما يثبت عن الحاجة فلا يمكن صرفه إلى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف إليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم - م - اعتبارا بالمعنى الجمع وأقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيهم الاثان في قول أبي حنيفة أول قوايه وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاثان ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه الاثان تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور والاثان لأنه ليس يراد بها أعيانهم - م - اذ هو مجرد الانتساب كبنى آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم قال (ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكروا لا في فيه سواء) لان اسم الولد ينظم الكل انتظاما واحدا

والاختلاط سواء لان اسم الولد يتناول الصلي كاه انتظاما واحدا بطريق الحقيقة وولد الولد مجازا لا يصار إليه عند امكان العمل بها فان لم يكن له ولد من الصلب يدخل أولاد الاولاد وأولاد الابناء رواية واحدة وفي أولاد البنات واثنان هـ هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الوصية لولد فلان تتناول الولد

وسار بأهله فيه نظر لأنه لم يرد في الآية الزوجة خاصة لأنه تعالى قال فلما قضى موسى الاجل وسار بأهله آنس من جانب الطور نارا قال لا هـ له امكنوا ألا يرى انه خاطبهم بخطاب الجمع اهـ وأجاب عنه

وولد الولد فهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم قال القدوري والصحيح أنهم لا يدخلون وذكرفيه الحقيقية والمجاز كما ذكرنا وان كان الثاني يدخلون وان كان الصلي قائما لان فلانا اذا كان فخذافبنوه وبناته لا تخلو عن الاولاد عادة فتكون مرادة فتدخل بخلاف ما إذا كان أبنا خاصة فان بنيه وبناته قد تخلو عن الاولاد فلا تكون مرادة

قال المصنف (وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين) أقول مخالف لما سبق في باب الوصية بثلاث المال فيما إذا أوصى لامهات أولاده وللفقراء والمساكين الآن يكون هذا قول محمد ثم رأيت في غاية البيان أن المسئلة مختلف فيها وان هذا قول محمد والحمد لله تعالى (قوله ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيهم الاثان في قول أبي حنيفة أول قوايه وهو قولهما) أقول وفي الكافي مخالف لما في الكتاب ففيه ولو أوصى لبنى فلان فهو ولد كور لا غير عند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة آخر اعتبارا بالحقيقة وقال محمد يدخل فيه الاثان وهو قول أبي حنيفة أولا اهـ فلعل فيه روايتين (قوله فهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم) أقول أي يورثكم فان ولد الابن يدخل في الميراث مع البنت الصلية والجواب أنه يدخل في الميراث مع البنت بدليل آخر كذا في معراج الدراية وعندى أن الفهم بطريق آخر فانه اذا لم يكن للبنت صبي وكان له ابن وابن وبنت ابن مثلا يكون المال بينهما للذكور مثل حظ الانثيين بهذه الآية فعلم أن الاولاد يتناول أولاد الاولاد لأن فلانا اذا كان فخذافبنوه وبناته لا تخلو عن الاولاد عادة أقول فيه بحث فان الخلو وعدم الخلو لا مدخل له في كون أولاد الاولاد مرادة اذا كانت معنى مجازيا بالاولاد اذا قامت قرينة على ارادتها أيضا والظاهر أن يقال اذا كان فلان فخذافبنوه المراد مجرد الانتساب إليه فيدخل الكل بخلاف ما إذا كان أبنا خاصا قليا ممل

وقوله (ومن أوصى لورثة فلان) واضح وقوله (ومن أوصى لمواليه) مبني على جواز عموم المشترك وعدم جوازه والشافعي يحيز ذلك فأجاز هـذا وأصحابنا ما جوزوه وكذلك هـذا والمرى عن الشافعي رواية عن أبي حنيفة لكن لا على جواز عموم المشترك بل على أن انظر المولى يطلق على الأعلى والأسفل متواطئ كالأخوة على بنى الأعيان وبنى العلات وبنى الأخفاف وليس بظاهر لان معنى الأخوة في الجميع واحد وهو اشتراك صلب الأب أو الرحم عليهم ومعنى المولى ليس كذلك فان معنى الأعلى منعم ومعنى الأسفل منعم عليه فكان في أحدهما معنى الفاعل وفي الآخر معنى المفعول واليه أشار بقوله ان الجهة مختلفة وقوله (في موضع الاثبات) احتراز عن صورة النفي كما ذكر في الكتاب وهو اختيار شمس الأئمة وعامة أصحابنا على أن لا عموم للمشترك لاني النفي ولا في الاثبات وأجابوا عن مسئلة الحلف بترك الكلام مع المولى مطلقا ليس لوقوعه في النفي بل الحامل (٤٧٧) على الامين بغضه وهو غير مختلف فيصير

بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التقرير بمستوفي بعون الله وتأييده فان قيل سلمنا أن لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف فكيف قال فالوصية باطلة أجيب بأن الكلام فيما اذا مات الموصى قبل البيان والتوقف في مثله لا يفيد فان قيل الترجيح من جهة أخرى ممكن وهو أن تصرف الوصية الى المولى الذي أعتقه لان شكر المنعم واجب وأما فضل الانعام في حق المنعم عليه فمندوب والصرف الى الواجب أولى منه الى المندوب كما هو المروى عن أبي يوسف فبهذا المعنى أجيب بانهم معارضة بجهة أخرى وهو أن العرف جار بوصية ثلث المال للفقراء والغالب في المولى الأسفل الفقير وفي الأعلى الغني والمعروف عرفا كالمشروط

(ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم لذك كرمثل حظ الانبيين) لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث ومن أوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقه فالوصية باطلة وقال الشافعي في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذك كرم في موضع آخر أنه يوقف حتى يصالحوا له أن الاسم يتناولهم لان كلامهم يسمى مولى فصار كالأخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان أحدهما يسمى مولى النعمة والاخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما اللفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم مولى فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبره وأمها وأولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله

صاحب العناية حيث قال بعد نقله والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمهم نفقته فان كان معه الأرقاء لم يدخل فيه أحد بالاتفاق اهـ (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان هذا كلام حال عن التحصيل في دفع نظر صاحب الغاية فان حصل نظره القدر في الاحتجاج لابي حنيفة بقوله تعالى وسار بأهله بناء على ان ما وقع في سياقه من خطاب الاهل بلفظ الجمع يأبى كون المراد بالاهل هنالك الزوجة خاصة لا الاستدلال على قول صاحبيه بتلك الآية حتى يتم ما ذكره صاحب العناية جوابا عنه تأمل نفهم فالظاهر في تعديل قول أبي حنيفة هنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يبي حنيفة أن الاهل عند الاطلاق يراد به الزوجة في متعارف الناس يقال فلان متاهل وفلان لم يتاهل وفلان له اهل وفلان ليس له اهل ويراد به الزوجة فتحمل الوصية على ذلك اهـ تبصر توقف (قوله) ولا يدخل مدبره وأمها وأولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله) أقول في التعديل كلام لان مقتضى قوله لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت أن لا تجوز الوصية لأحد من هؤلاء أصلا اذ يلزم حينئذ أن يكونوا أرقاء في حالة تضاف الوصية اليها وهي حالة الموت فان المفروض كون ثبوت عتقهم بعد الموت وكون اضافة الوصية الى حالة الموت والوصية للرفيق بشي غير رقبته لا تجوز كما نصوا عليه وقدم في الكتاب أن الوصية لامهات الاولاد يثبت ماله جائزة ولا يمكن أن تتعلق تلك الوصية برقبته لان الوصية بالرقبة اعتاق والوصية لها لا تحتل أن تكون اعتاقا لانها تعتق بموت مولاها وان لم تكن عنه وصية أصلا كما

شرطا كما هو المروى عن أبي يوسف بهذا المعنى ولو أوصى لمواليه وليس له المولى الأعلى فالوصية جائزة ويدخل فيها المعتق في حال الصحة والمرض ولا يدخل مدبره وأمها وأولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت لان المتوقف على الشيء لا بالعلية يعقبه وجود او الوصية تضاف الى حالة الموت لانها اخت الميراث والميراث كذلك فلا بد من تحقيق اسم المولى قبل الموت ولم يوجب فيها

(قوله فيصير بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التقرير) أقول قال في التقرير يتناول الموجودات المختلفة باعتبار معنى واحد انتهى ثم قال كذا في أصول شمس الأئمة وفيه نظر لانه يفضى الى جواز ارادتهم ما فيصبح الجمع بينهم ما ولسنا نقول به الا اذا جعل معنى كلامه أن الكلام متروك بدلالة البين الى مجاز بينهما وهو أن يكون المولى من تعلق به عتق وهذا المعنى بعمومه يتناول الأعلى والأسفل انتهى ما في التقرير

(وعن أبي يوسف أنهم يدخلون) لأن سبب استحقاق الولاء هو التدبير والاستيلاء (لازم) أي ثابت مستقرا والاصح الاول لانهم لا ينسبون اليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالاحياء الحاصل بالعتق وذلك انما يكون بعد الموت (ويدخل فيه) أي في هذا الايصاء يعني بالاجماع عبد قال له مولاه وهو واضح ولو أوصى (٤٧٨) لمواليه وله موال وأولاد الموال وموالي الموالاة دخل معتقوه وهو ظاهر

وأولادهم لأن نسبتهم اليه بالولاء بالعتق الذي باشر في آباءهم والفروع أجزاء الاصول فكان الاطلاق حقيقة فيهم كافي أصولهم ولهذا لا يصح نفي اسم المولى عنهم بخلاف ما تقدم من بني فلان وأولادهم لأن النفي عن الفروع صحيح حيث يجوز أن يقال ليسوا بني فلان وانما هم بنو نبيه وعن أبي يوسف أنهم يعني موالى الموالاة يدخلون أيضا لما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (والاعتناق لازم) جواب عما يقال لما كانت الجهة مختلفة وجب بطلان الوصية كالمولى الأعلى والأسفل ووجهه أن المشترك لا يعمل به الا اذا لم تكن قرينة على أحد المعنيين وههنا قرينة تميز أحدهما وهو أن ولاء الاعتناق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة ضعيف مختلف فيه بين العلماء وسببه عقد يحتمل الفسخ فلا تحقق المزاجية بينهما ولو لم يكن له الاموالى موالاة كان الثلث لهم لأن الحقيقة

وعن أبي يوسف أنهم يدخلون لأن سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فأنت حر لأن العتق ينبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال وأولاد موال وموالى موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالى الموالاة وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء لأن الاسم يتناولهم على السواء ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالى عقد الالتزام والاعتناق لازم فكان الاسم له أحق ولا يدخل فيه موالى الموالى لانهم موالى غير حقيقة بخلاف موالىه وأولادهم لانهم ينسبون اليه باعتناق وجدته وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة

حقيقه الشراح هناك فكان بين تلك المسئلة وبين هذا التعليل تدافع ويمكن أن يقال جواب تلك المسئلة على موجب الاستحسان كما ذكره هناك وهذا التعليل على موجب القياس ووجه الاستحسان الذي ذكره هناك غير متمش ههنا كما يعرف بالتأمل الصادق فلا يصار اليه ههنا (قوله وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء لأن الاسم يتناولهم على السواء) قال بعض المتأخرين قلت لا ينبغي أن تناول الاسم للأعلى والأسفل بطريق التواطؤ ليس بأبعد من كون هذا تناول كذلك فالجواب أن أبا يوسف جوز هذا دون ذلك اه (أقول) ان أبا يوسف جوز ذلك أيضا في رواية عنه كما صرح به صاحب الكافي هناك حيث قال وقال الشافعي الوصية لهم جميعا وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول زفر لأن الاسم يتناولهم اه وصرح به صاحب معراج الدراية أيضا هناك حيث قال وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن الوصية لهم جميعا وهو قول زفر وأحمد والشافعي في قول اه وما ذكره المصنف في هذه المسئلة رواية أيضا عن أبي يوسف لا قوله مطلقا كما يشير اليه قول المصنف وعن أبي يوسف حيث ذكره بكلمة عن ولم يقل وقال أبو يوسف ويرشد اليه أيضا أن شمس الأئمة ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها بل ذكر فيها القياس والاستحسان فقال في القياس يدخلون وفي الاستحسان لا يدخلون كما ذكر تفصيله في النهاية ومعراج الدراية فالجواب عن ذلك البعض أنه لم يطلع على رواية تجوز أبي يوسف تناول الاسم للكل في المسئلة معام كونها مذكورة في الكتب المشهورة المتداولة فتجب أنه جواز تناول للكل في هذه المسئلة دون الاولى ومفاسد قلة التدبير والتبعية مما يضيق عن الاطاعة به نطاق البيان (قوله وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وبخلاف ما إذا لم يكن له موال أى موالى العتاقه ولا أولاد الموالى أى ولا أولاد موالى العتاقه يعني حينئذ الثلث لموالى الموالاة وقال في الجامع الكبير وان لم يكن له الاموالى الموالاة كان الثلث لهم لأن الاحق اذا لم يوجد وجب العمل بما دونه انتهى واقتضى أنزه صاحب العناية (أقول) ليس هذا بشرح صحيح اذ لو كان مراد المصنف ذلك لما صح تعليقه بقوله لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة فان لفظ المولى مشترك بين المعتق وبين مولى الموالاة كما يدل عليه قول المصنف أنفا ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي المولى عقد الالتزام وقد صرح الشراح قاطبة باشتراك بينهما وبينوا مراد المصنف هناك على وفق ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا ما ذهب اليه صاحب النهاية

ولو

اذا لم يمكن وجب العمل بالمجاز صونا للكلام العاقل عن الالغاء

(قوله وهو ان ولء الاعتناق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة الخ) أقول فيه بحث (قوله لأن الحقيقة اذا لم يمكن وجب العمل بالمجاز) أقول بخالف لما ذكره أنفا من القول بالاشتراك الا أن ينبنى على التسليم والتزل

(ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف فلعنقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) وحكم ولد المعتق حكم المعتق لما ذكرنا أن اسم الموالى لا ولاء الموالى حقيقة وقوله (ولا يدخل فيه) أى فيما إذا أوصى لموالبه (موال أعتقهم) هكذا وقع في النسخ ولكن الصواب أن يقال موال أعتقهم أبوه أو ابنه لأن التعليل يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب وهذا لأن الحقيقة هو أن يباشر اعتناق مملوك فيصير به مولى عنه والمجاز أن ينسب لذلك باعتناق مملوك فيعتق ذلك المعتق مملوكا ولم يوجد في حق موالى الأب والابن فعل الاعتناق ولا تسببه فقلنا أنهم لم يدخلوا في هذه الاضافة وهذا المعنى كما ترى لا يستقيم على ما وقع في النسخ لأن الذين أعتقهم موال له حقيقة وقوله (وانما يحجز ميراثهم بالعصوبة) جواب عمار وى عن أبي يوسف أن موالى أبيه تدخل اذامات أبوه وورث ولا عهم لانهم موالى به حكما وهذا يحجز ميراثهم ووجه ذلك ان احرازه الميراث ما كان لكونهم موال له لكن الشرع أقام عصبة المعتق مقام المعتق في حق الميراث لان الولاء كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال الولاء لجهة كاهنة (٤٧٩) النسب لا يباع ولا يوهب ولا

يورث وهو نص صريح في عدم الانتقال فكان بطريق العصوبة وقوله (بخلاف معتق البعض) قال في النهاية هكذا وقع في النسخ وليس بصواب والصواب أن يقول بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور في الايضاح لانه ثبت بهذا الفرق بين موالى الموالى وبين موال أعتقهم أبوه أو ابنه على ما ذكرنا من النسخة الصحيحة فيه أيضا وذلك انما يستقيم اذا كان بخلاف معتق المعتق وأما معتق البعض فعند أبي حنيفة لم ينسب اليه بالولاء بعد لانه بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وعندهما ان نسب اليه انما ينسب اليه بالولاء حقيقة فلا يحتاج الى ذكره وذكر بعض

ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه أو أبوه لانهم ليسوا بموالبه لاحقيقة ولا مجازا وانما يحجز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء والله أعلم بالصواب

والغاية لما صح قوله في التعليل لان اللفظ لهم مجازا دلالة على أن اللفظ المشترك حقيقة في كل واحد من معنياه أو معانيه والصواب أن مراد المصنف ههنا هو أنه اذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى فالثالث لموالى الموالى حينئذ يرتبط قوله وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى بما قبله أشد ارتباطا وينتظم تعليله بقوله لان اللفظ لهم مجازا الخ انتظاما تاما كما لا يخفى وقد صرح في الكافي بعين ما قلنا عند تقرير هذه المسئلة وفي غاية البيان أيضا عند شرح كلام المصنف ههنا وكان صاحب النهاية انما اغتر بما نقله عن الجامع الكبير فان المذكور فيه موالى الموالات دون موالى الموالى لكن التعليل المذكور ههنا وهو قوله لان الحق اذ لم يوجد وجب العمل بما دونه مطابق للمسئلة غير آب عنها فانه لا ينفي الاشتراك لجواز أن يكون أحد معننى المشتركة أحق بالارادة من الآخر لا مرجح وان كان اللفظ حقيقة في كل واحد منهما كما أشار اليه المصنف فيما مر بقوله والاعتناق لازم فكان الاسم له أحق بخلاف تعليل المصنف ههنا على تقدير أن يراد بالمسئلة ما ذكر في الجامع الكبير كما توهمه صاحب النهاية وتبعه صاحب الغاية فانه لا يطابق المسئلة حينئذ بل يأباه جدا كما ينشأه آنفا (قوله ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف فلعنقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول لقائل أن يقول لم لا يصار ههنا الى عموم المجاز صيانة لكلام العاقل عن الالغاء في حق النصف والمصير الى عموم المجاز مخلص معروفي دفع الجمع بين الحقيقة والمجاز وطريقه ههنا أن يحمل الموالى على من كان للموصى مدخل في عتقه أعم من أن يكون بطريق المباشرة كما في معتق نفسه أو بطريق التسبيب كما في معتق معتقه فليتنامل والله أعلم

الشارحين أن النسخة في قوله ولا يدخل فيه موال أعتقهم باثبات اقطعة ابنه وههنا بخلاف معتق البعض فجعله مرتبطا بقوله ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه ومعناه فان معتق البعض يدخل تحت الوصية الاولى لانه مولا حقيقة بخلاف موالى الام لانهم ليسوا بموالبه أصلا ولكن ينبغي أن يكون هذا على مذهبهم لان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند تمام الكتابة وهذا فيه تصحيح نسخة الكتاب في الموضعين وان كان فيه بعد من حيث الارادة على مذهب ما خاصة والله أعلم

قال المصنف (ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف فلعنقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول لم لا يجوز أن يراد المعنى العام لكليم ما بقريئة صيغة الجمع والتمسار المعتق في الواحد وجوابه أن التحصار وقت الوصية لا يمنع صيغة الجمع في معناها بناء على تجوز أن يوجد له معتق آخر حين الموت (قوله لانه يثبت بهذا الفرق) أقول قوله الفرق فاعل يثبت (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول أراد الاتقاني (قوله لان معتق البعض كالمكاتب) أقول الظاهر أن يقال لان معتق البعض عند أبي حنيفة كالمكاتب

باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة

لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الاعيان وجودا فأخرها عنها وضعا قال (وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره) كلامه واضح ويفيد الموافقة بين الوصية والعارية في كون كل منهما تعليق المنافع بغير عوض والمباينة بينهما ما وبين الارث لان الوصية تعتمد التملك والمنافع تقبل ذلك للحاجة حالة الحياة (فكذا بعد الممات) لان الموت (٤٨٠) لا يزيلها والارث خلافة (فما يملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض

باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة

لا يبقى) وإذا جازت الوصية بمنفعة العبد جازت بقلته لانهما بدلها فأخذت حكمها (والمعنى) وهو الحاجة (يشملها) بمعنى المنفعة والغلة وقوله (فان خرجت رقبة العبد) فيه تفصيل وهو أنه اذا أوصى بخدمة عبده لشخص فاما ان قال أبدا أو جعل ذلك زمانا فان كان الاول وخرجت رقبة العبد من الثالث أو لم يخرج ولكن أجازت الورثة التسليم اليه وسلم اليه لخدمته وان لم تجز الورثة خدم الورثة يومين والموصى له يوما الى أن يموت وان كان الثاني فاما ان عين سنة مثل أن يقول سنة ست وسبعين وسبع مائة أو لم يعين فان عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصى بطلت الوصية وان مات الموصى بعد مضي بعض من تلك السنة أو مات قبل مضيتها فان كان العبد يخرج من الثلث أو أجازت الورثة فانه وسلم العبد الى

قال (وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك أبدا) لان المنافع يصح تملكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كافي الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يملكها الموصى له على ملكه كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز مؤقتا ومؤبدا كافي العارية فانها تملك على أصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بقله العبد والدار لانه بدل المنفعة فأخذ حكمها والمعنى يشملها ما قال (فان خرجت رقبة العبد من الثلث وسلم اليه لخدمته) لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحم الورثة (وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما) لان حقه في الثلث وحقه في الثلثين كافي الوصية في العين ولا يمكن قسمة العبد أجزاؤه لانه لا يتجزأ فصرنا الى المهابة ابقاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا لا لانها لا تنفصاع لانه يمكن القسمة بالأجزاء وهو أعدل للنسوية بينهم ما زمانا واذنا وفي المهابة تقديم أحدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهابة من حيث الزمان تجوز أيضا لان الحق لهم الآن الاول وهو الأعدل أولى وايس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار وعن أبي يوسف رحمه الله أن لهم ذلك لانه خاص بملكهم

باب الوصية بالمنافع

لما فرغ من بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الاعيان وجودا فأخرها عنها وضعا كذا في الشروح (أقول) فيه شيء وهو أن هذا انما يتم في حق الوصية بالسكنى والوصية بالخدمة دون الوصية بالتمرة لان التمرة من قبيل الاعيان والباب يشمل الاقسام الثلاثة كلها معنونا وأحكاما فلا يتم التقريب وان صير الى التوجيه ببناء الكلام على الاكثر يبقى تأخير الوصية بالتمرة طالبا عن بيان النكتة كما لا يخفى (قوله الآن الاول وهو الأعدل أولى) قال بعض المتأخرين فيه أن المفروض كون المهابة باختيارهم فالتأخير بسقط حقه فلا تبقى الاولوية الا بالزام الحالك حتى يكون أولى انتهى (أقول) ليس هذا بسديد لان اسقاط التأخير حقه لا يلزم أن يكون بطيب خاطر بل يجوز أن يكون مع الكراهة لا مريد عا اليه فكيف يساوى هذا استيفاء حقه كمالا كافي الاول ثم ان سلم كون اسقاط حقه عن طيب خاطره البتة فهو لا يفتضي الانتفاء الظلم له وتحقق العدل في الجملة وذلك لا ينافي كون الاول أعدل منه

وجه

الموصى له حتى يستوفى وصيته وان كان

لا يخرج ولم تجز الورثة بخدمة الموصى له يوما والورثة يومين حتى تغضى السنة التي عتبتها ثم سلمه الى الورثة وان لم يعين فان كان العبد يخرج من ثلث المال أو لا يخرج وأجازت الورثة وسلم العبد الى الموصى له ليستخدمه سنة كاملة ثم يردده الى الورثة وان لم يخرج ولم تجز الورثة بخدمة الموصى له يوما والورثة يومين الى ثلاث سنين ثم يردده الى الورثة وهذا الحكم على خلاف ما اذا أوصى بقله عبده سنة فان له ثلث غلة تلك السنة على ما سنده

باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة

قال (فان كان مات الموصى له عاد الى الورثة) اذا مات الموصى له عاد الموصى به الى ورثة الموصى (لان الموصى اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلواتقل الحكم الى وارث الموصى له استحقة ابتداء من ملك الموصى) لما تقدم ان الميراث خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين تبق والمنفعة عرض لا يبق لكن يجوز ان يستحقه ذلك لانه لم يرض به واستحقاق الملك من غير مرضاضة المالك لا يجوز (ولومات الموصى له في حياة الموصى بطلت) الوصية (لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل) أي في فصل اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق بين جواز اقرار و بطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب (٤٨١) عند الموت (ولو أوصى بغلة عبده

أوداره) فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له بنفسه أو سكن الدار الموصى بغلته بنفسه اختلف المشايخ في ذلك على ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (وليس للموصى له بالخدمة أن يؤجر العبد والدار) واضح سوى ألفاظ تذكرها (قوله) اعتبارا بالاعارة فانها تملك بغير بدل قد تقدم في باب العارية وفي الحقيقة هذا المعنى راجع الى الاصل المقرر وهو أن الشيء لا ينضم ما فوفه وقوله (الأن الرجوع للتبرع لا غيره) جواب عما يقال الوصية وان كانت غير لازمة ابتداء لكنها نصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حينئذ ووجه ذلك ان الاعتبار للوضوعات الاصلية والوصية في وضعها غير لازمة وانقطاع الرجوع بموت الموصى من العوارض فلا معتبر به

قال المصنف (وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار

وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للبيت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذلك حق المراجعة فيما في أيديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فنعوا عنه قال (فان كان مات الموصى له عاد الى الورثة) لان الموصى اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلواتقل الحكم الى وارث الموصى له استحقة ابتداء من ملك الموصى من غير مرضاته وذلك لا يجوز (ولومات الموصى له في حياة الموصى بطلت) لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل (ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة لهم أو ثابرو قد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤجر العبد والدار وقال الشافعي له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك غايكها من غيره ببدل أو غير بدل لانها كالأعيان عنده بخلاف العارية لانها باحة على أصله وليس بتملك ولنا أن الوصية تملك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تملكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تملك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا ولا يملك المستعير الا جارة لانها تملك ببدل كذا هذا ونحقيقه أن التملك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم إلا أن الرجوع للتبرع لا غيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع أما هو في وضعه فغير لازم

للتسوية بينهم ذاتا وزمانا ولا شك أن الاعدل أولى (قوله وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للبيت مال آخر وتخرج الدار من الثلث) أقول فيه بحث اما أولا فانه منقوض بما اذا أوصى لرجل بعين داره ولم يكن له مال غيرهما فاقسمها الموصى له مع الورثة على الثلث والثلثين فان للورثة هناك أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي تلك الدار بخلاف مع جريان هذا الدليل ل هناك أيضا بأن يقال ان حق الموصى له ثابت في عين جميع الدار بأن ظهر للبيت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وأما ثانيا فانه لا لأنه ان كان حق الموصى له ثابتا في سكنى جميع الدار بمجرد احتمال ظهور مال آخر للبيت وخرج الدار من الثلث فاما أن يكون حق الورثة أيضا ثابتا في سكنى جميع تلك الدار أولا فان كان الاول يلزم أن يثبت في سكنى جميع الدار الواحدة في حالة واحدة حقوق أشخاص واللازم باطل لاستحالة أن يسكن أشخاص متعددة على حدة في جميع محال واحد في زمان واحد لاستلزامه تداخل الاجسام وظهور بطلان تعلق الحق بأمر محال وان كان الثاني يلزم أن لا يقسم عين الدارين الموصى له والورثة اثلا لالاقتناع وأن لا يقسم الدارين بينهم مهاباة من حيث الزمان

(٦١ - تكمله نامن) بأن ظهر للبيت مال آخر أقول قال السكاكي ويعتبر بهذا الاحتمال لانه نشأ من دليل وهو ايصاء الميت بكل منافع الدار مع علمه ان الايصاء بالزيادة على الثلث حرام شرعا فلم يكن له مال سوى هذه الدار لم يوص بجميع منافعها احترازاً عن المحرم شرعا اه وفيه تأمل (قوله فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له) أقول قوله الموصى له فاعل استخدم قال المصنف (وقيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود) أقول لا يخفى أن الانسب للمقام كان أن يقول لان عين المنافع قيمتها لكنه قلب تنبيه على قوة المعنى وجوازها بطريق الاولى فلي تأمل

وقوله (ولان المنفعة) دليل آخر وقوله (وهذا لا يجوز) يعني بناء على ما قال ولا يملك الاقوى بالاضعف وهو ظاهر واعترض عليه باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعة تبعه بملكه الرقبة ولا بعدد المعاوضة ويجوز له ان يملكها يبدل واجيب بأن كلام المصنف في الوصية فراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه وقوله (اذا كان يخرج من الثلث) احتراز عما اذا لم يخرج فانه ليس له (٤٨٣) الاخراج الى اهله الاباجازة الورثة وقوله (واذا كان في غيره) أي في غير

مصر الموصى وقوله (ولو) أوصى بغلة عبده أو بغلة داره) قد علم جواز ذلك فيما تقدم من طريقين ولعله ذكره تنهيد القول (ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة) يعني اذا لم تجز الورثة كانت الوصية بغلة عبده سنة وتذكر الضمائر اما بتأويل المال أو نظرا الى الخبر وقوله (لانه عين مال تحتل القسمة بالاجزاء) وكل ما هو كذلك تعلق الوصية بثلاثه ان لم يخرج من الثلث وفيه اشارة الى الفرق بينها وبين الخدمة فان العبد لما لم يحتل القسمة بالاجزاء صرنا الى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المهايأة الى ما يستوفي خدمته سنة كاملة كما مر ذكره وقوله (ولو أراد الموصى له قسمة الدار) ظاهرا الى قوله (عطفامنه لاحدهما على الآخر) ومعنى ذلك انه عطف قوله والآخر برقبته على قوله أوصى له بخدمة عبده (فتعتبر هذه الحالة) يريد حالة العطف (بحالة الانفراد) أي

ولان المنفعة ليست بمال على أصلنا وفي تملكها بالمال احداث صفة مالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعه الملك الرقبة أو لمن يملكها بعدد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها أما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم يملكها بعوض كان مملكا أكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة الا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجهم الى أهله للخدمة هناك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصى فاذا كان في مصر مقصوده أن يملكه من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كان في غيره مقصوده أن يحمل العبد الى أهله لخدمتهم ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضا لانه بدل المنفعة فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم أو دنائير فكان بالجواز أولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتل القسمة بالاجزاء فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن أبي يوسف فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذلك للموصى له الا انا نقول المطالبة بالقسمة تنفي على ثبوت الحق للموصى له فيما يلا فيه القسمة اذ هو المطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو أوصى له بخدمة عبده ولا آخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه أوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفامنه لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد

اثلا لثبوت حق الموصى له في سبكي جميع الدار وعدم ثبوت حق الورثة في ذلك على الفرض مع أن المسئلة خلاف ذلك كما مر آتيا في الكتاب (قوله فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعه الملك الرقبة أو لمن يملكها بعدد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها) قال في العناية واعترض عليه باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعة تبعه بملكه الرقبة ولا بعدد المعاوضة ويجوز له أن يملكها يبدل واجيب بأن كلام المصنف في الوصية فراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه اه (أقول) الجواب منطوقه لانه كون كلام المصنف في الوصية لا يقتضي كون مراده بالمنفعة المذكورة في مقدمات دليله بمنفعة تجوز الوصية بها فان مقدمات الدليل لا يلزم أن تكون مساوية للدعي بل لا بد من كفاية الكبرى اذا كان انتاج الدليل بطريق الشكل الاول وههنا كذلك اذ حاصل هذا الدليل أن الخدمة والسكنى من قبيل المنافع والمنافع ليست بمال على أصلنا وما ليس بمال في تملكها بالمال احداث صفة مالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة وما في تملكها احداث صفة مالية فيها لا تثبت الولاية عليه بهذه الصفة الا لمن يملكه تبعه الملك الرقبة أو لمن يملكه بعدد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها ولا يكون مملكا أكثر مما تملكه فانه لا يجوز شرعا ولا يذهب على ذي مسكة أن ما عدا الصغرى من المقدمات المذكورة مع اقتضاء الادلة الشرعية كلية كل واحد منهما في نفسه لا بحال لتقييد شيء منها بما يخرج به منفعة الحر لوقوعها في محل

بحالة انفراد احد الوصيتين عن الاخرى فلا تحقق المشاركة بينهما فيما أوجب لكل واحد منهما ثم

(قوله وتذكر الضمائر اما بتأويل المال أو نظرا الى الخبر) أقول يعني من الخبر قوله بدل المنفعة قال المصنف (لانه أوجب لكل واحد منهم ما شأنا معلوما عطفامنه) أقول أي من محمد أو من الموصى فانه عطف قوله ولا آخر برقبته بالواو على قوله أوصى له بخدمة عبده كذا في شرح الكافي والأقرب عندي هو الثاني (قوله ومعنى ذلك انه عطف الخ) أقول يعني ان محمد اعطف الخ

وقوله (ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة) كاليان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة (والخدمة للموصي له) من غير اشتراك (فكذا اذا أوصى بالرقبة لانيسان آخر) تكون الرقبة له والخدمة للموصي لها (اذا الوصية أخت الميراث من حيث ان الملك فيها ثبت بعد الموت) ثم العبد الموصى بخدمته لشخص و برقبته لا خراما أن يكون أدرك أحد الخدمة أولا فان كان الثاني فنفقته على الموصي له بالرقبة الى أن يدرك الخدمة لان الاتفاق عليه تنو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة فاذا أدرك الخدمة صار كال كبير والنفقة في الكبير على من له الخدمة لانه انما يتمكن من استخدام به بالاتفاق عليه اذا العبد لا يقوى على الخدمة الابنه وان أبي الاتفاق عليه رده الى من له الرقبة كالمتعب (٤٨٣) مع المعبر وان جنى جناية فالغداء

على من له الخدمة لان
التمكن من الاستخدام
بالطهير عن الجناية فيجب
عليه التطهير وقوله (ولها)
أي لهذه المسئلة (تطاهر)
وقد ذكرها في الكتاب
واضحة وقوله (ولا شيء)
لصاحب الطرف) وهو
الامة والخاتم والقوصرة (في
المطسوف) يعني الولد
والفص والتمر (في هذه
المسائل كلها) أما اذا كان
أحد الأحياء موصولا
بالآخر فالاتفاق وأما اذا
كان أحدهما منفصلا عن
الآخر فكذلك عند أبي
يوسف خلافا لمحمد وقوله
(كافي وصية الرقبة
والخدمة) فان الموصول
والمفصول فيهما في الحكم
سواء وتأخير تعليل محمد
والجواب عما استدله أبو
يوسف في الكتاب والمبسوط
دليل على أن المعقول على
قول محمد

قال المصنف (وكذلك
في أخواتها) أقول

ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فللموصي في الرقبة بشي لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون
الخدمة للموصي له فكذا اذا أوصى بالرقبة لانيسان آخر اذا الوصية أخت الميراث من حيث ان الملك
ثبت فيها بعد الموت ولها تطاير وهو ما اذا أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها لا خروهي يخرج من
الثالث أو وصى لرجل بخاتم ولا آخر بنفسه أو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر فلان كان
كما أوصى ولا شيء لصاحب الطرف في المطسوف في هذه المسائل كلها أما اذا فصل أحد الأحياء
عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبي يوسف وعلى قول محمد الامة للموصي له بها والولد بينهما منان
وكذلك في أخواتها لا أبي يوسف ان يوجب في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب
الامة للموصي له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصلا لان الوصية لا تلزم شيئا في حال
حياة الموصي فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كافي وصية الرقبة والخدمة ولمحمد ان اسم
الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذلك اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك

الكبرى من الشكل الاول تبصر (قوله ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الخ) قال صاحب
العناية وقوله لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كاليان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو
كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصي له من غير اشتراك فكذا اذا
أوصى بالرقبة لانيسان آخر تكون الرقبة له والخدمة للموصي لها (اذا الوصية أخت الميراث من حيث
ان الملك فيها ثبت بعد الموت اه) أقول (ان قوله السابق كاليان والتفسير لما قبله من حالة
الانفراد ليس بسديد والحق أن يقال كاليان والتفسير لما قبله من اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد
لان قول المصنف ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الخ وكذا ما ذكره الشارح المزبور بقوله يعني
لو كانت الوصية بالخدمة الخ انما يفيد أن بيان اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لا بيان حالة
الانفراد وحدها كما لا يخفى على من له أدنى مسكة (قوله ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا
اسم الجارية يتناولها وما في بطنها) قلت ليس المراد بتناول اسم الخاتم للفص وبتناول اسم الجارية
لما في بطنها تناولها ما لها مافظا واصالة والا يلزم أن يخالف هذا ما مر في مسئلة صحة الوصية بجارية
الاجلها من ان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعافا اذا أفرد الام بالوصية
صح افرادها ويلزم أن يخالف أيضا ما مر في كتاب الاقصر ان الفص لا يدخل في الخاتم لفظا بل
تبعاول هذا الوافر بخاتم لرجل واستثنى فسه لنفسه لم يصح الاستثناء ويكون الحلقة والفص جميعا
للقرة لان الاستثناء تصرف في الملقوط بل انما المراد هنا بتناول اسم الخاتم للنص واسم الجارية لما

والصواب في أخنها وهو الخاتم مع الفص والقوصرة مع التمر كذا في شرح السكاكي قال الاتفاقى أراد باخواتها مسئلة الخاتم مع الفص
ومسئلة القوصرة مع التمر ومسئلة الشاة مع الصوف ومسئلة الدار مع البناء ومسئلة السيف والحلية والبستان والتمر الموجود مثل ذلك
والارض والنخل مثل ذلك وكل شئ يشبه هذا بما يكون الاسم في الوصية عاما فالوصية الثانية بمنزلة الاستثناء كذا قال الكرخي في مختصره
الى هنا كلام الاتفاقى قال المصنف (وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها) أقول هنا نوع مخالف لما أسلف في الوصية بجارية
الاجلها فراجعها متاملا قال المصنف (واسم القوصرة كذلك) أقول فكان كل منها كالعام الذي الخ ولا ينبغي أن يظن أن تلك
الاسماء عمومات فانه ليس كذلك كما لا يخفى

قال (ومن أوصى لا خير بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة) المسائل المتعلقة بالاقتصار على الموجود من الموصي به والتعدي إلى ما يحدث على وجوه ثلاثة في وجه يقع على (٤٨٤) الموجود والحادث ما عاش الموصي له ذكر الأبد أو لم يذكر كالوصية بغلة

بستانه أو أرضه أو سكنى داره أو خدمة عبده فإن العرف فيها جارء على الأبد ويعتبر خروجه من الثلث وفي وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الأبد أو لم يذكر كالوصية بالصوف على ظهر الغنم والولد في بطن جاريته واللبن في الضرع لأن المعدم من هذه الأشياء لا يستحق بوجه ما وفي وجه أن ذكر الأبد يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمرة بستانه وإن لم يذكر فإن كانت الثمرة موجودة قبل الموت تناولها والا فالقياس أن تبطل الوصية وفي الاستحسان يقع على الحادث إلى أن يموت الموصي له وجه القياس أن الثمرة في الموجود حقيقة وليست بموجودة فتبطل ووجه الاستحسان حمله على المجاز عند انتفاء الحقيقة صوتا لكلام الموصي عن الإلغاء والمصنف حمل الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيهما ثم السقي والخراج وما فيه صلاح البستان على صاحب الغلة لأنه هو المنتفع بالبستان فصار كالنفقة في فصل الخدمة وقوله (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا) إلى آخر الباب واضح والله المصنف ما أجزل تركيبه وأحسن ترتيبه لا يرى معنى من المعاني يحتاج إلى تقرير بالوتر كيبه أو في تأديته من غيره وهذا

ومن أصلنا أن العام الذي موجه نبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل منهما وصية بإيجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون إيجاب الوصية فيه للثاني رجوعا عن الأول كما إذا أوصى للثاني بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وإنما يستخدمه الموصي له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبق للموصي له فيه حق بخلاف ما إذا كان الكلام موصولا لأن ذلك دليل التخصيص والاستثناء فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الخلق خاصة دون الفص قال (ومن أوصى لا خير بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وإن قال له ثمرة بستانى أبدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل) والفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدم الأبد لأنه لا يتأبد لا يتناول المعدم والمعدم مذكور وإن لم يكن شيا أما الغلة فتتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره فإذا أطلقت يتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة أخرى أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل زائد قال (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضرعها من اللبن وما على ظهرها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال أبدا أو لم يقل) لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ

في بطنها تناولها ما لها متبعا عند الإطلاق فترفع المخالفة كما توهمها البعض (قوله ومن أصلنا أن العام الذي موجه نبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص) أقول لا مجال للعموم في الالفاظ المذكورة في هاتيك المسائل لأن الخلقة والفص بالنظر إلى اسم الخاتم وكذا الجارية وما في بطنها بالنظر إلى اسم الجارية وكذا القوصرة وما فيها بالنظر إلى اسم القوصرة بمنزلة الأجزاء لدولت هذه الأسماء لأجزئيات معانيها إذ لا يصدق معنى الخاتم على الفص وحده ولا معنى الجارية على ما في بطنها وحده ولا معنى القوصرة على ما في القوصرة من مثل الثمر وحده على أن الكلام في وصية خاتم بعينه وجارية بعينها وقوصرة بعينها وكل من هؤلاء جزئي خاص فكيف يتصور فيها العموم فقوله (ومن أصلنا أن العام بمنزلة الخاص بمنزلة الغوهر هنا كما لا يخفى) قوله بخلاف ما إذا كان الكلام موصولا لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الخلق خاصة دون الفص) أقول فيه شيء وهو أنه قد تقرر في كتاب الأقرار أن استثناء الفص من الخاتم غير صحيح لكون الاستثناء تصرفا لفظيا غير عامل فيما يتناول الاسم لفظا كالفص في الخاتم والخلقة في البستان والبناء في الدار فمعنى قوله أو الاستثناء في قوله لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء (قوله ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في اللبن وما على ظهرها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال أبدا أو لم يقل) أقول في تحرير هذه المسئلة بهذا الوجه سماجة فإن الإطلاق المستفاد من قوله في ذيلها سواء قال أبدا أو لم يقل لا يناسب تقييد صدرها بقوله أبدا حيث قال (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا فالأولى ما ذكر في الكافي حيث ترك فيه قيد أبدا في صدر المسئلة أو ما ذكر في البداية حيث ترك فيها قوله في ذيلها سواء قال أبدا أو لم يقل تدبر (قوله لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ) أقول لا يخفى على الفطن أن هذا التعليل ينتقض بما

(قوله ذكر الأبد أو لم يذكر) أقول يعني أطلق ولم يذكر قيد

وقوله (وبعد الخلع) صورته أن تقول المرأة لزوجهما خالعتني على ما في بطن جاريتي أو غنمي صح وله ما في بطنها وإن لم يكن في البطن شيء فلا شيء له وما حدث بعد ذلك فللمرأة لأن ما في البطن قديم يكون (٤٨٥) متقوما وقد لا يكون فلم يضره حتى

لوقالت على جمل جاريتي وليس لها جمل ترد المهر

باب وصية الذي

عقب وصية المسلم بوصية الذي يكون الكفار ملحقين بالمسلمين في أحكام المعاملات (وإذا صنع يهودي بيعه أو نصراني كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث) بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف الترجيح أما عنده فلا أن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة إذا كان لمسلم فإن وقف المسلم في حالة الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى (وأما عندهما فلا أن هذه الوصية معصية فلا تصح)

باب وصية الذي

(قوله وإذا صنع يهودي بيعه أو نصراني كنيسة) أقول فيه نوع مخالفة لما أسلفه في كتاب السير والاولى أن يجعل من قبيل ألف والتشر الغير المرتب (قوله وأما عندهما فلا أن هذه الوصية معصية فلا تصح) أقول فيه بحث

وهذا بخلاف ما تقدم والفرق أن القياس يأبى تعليق المعلوم لأنه لا يقبل الملك إلا أن في الثمرة والغلة المردومة جاء الشرع بورد العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازها في الوصية بالطريق الاولى لأن بابها أوسع أما الولد المردوم واختاره فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلاً ولا تستحق بعقدتها فكذلك لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لأنه يجوز استحقاتها بعقد البيع تبعاً وبالعقد الخلع مقصوداً فكذلك بالوصية والله أعلم بالصواب

باب وصية الذي

قال (وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعه أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث) لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذلك هذا وأما عندهما فلا أن هذه معصية فلا تصح عندهما تقدم من مسئلتى الثمرة والغلة فإن الإيصاء بإيجاب بعد الموت في كل الصور مع أنه يقع فيما تقدم على القائم يومئذ وعلى الحادث بعده أيضاً كقيد الأبد في الثمرة وبدون ذكره أيضاً في الغلة نعم كأن المصنف قصد تدارك ذلك بقوله وهذا بخلاف ما تقدم الخ إلا أن هذا التعليل ههنا بقى خالياً عن الفائدة وإنما يحصل وجه هذه المسئلة مما ذكره في الفرق الآتية (قوله إلا أن في الثمرة والغلة المردومة جاء الشرع بورد العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازها في الوصية بالطريق الاولى) قال بعض المتأخرين يرد عليه أن لنا أصلاً آخر وهو أن الثابت بخلاف القياس مقصور على مورده ولا يقاس عليه غيره فكيف ألحق به اه (أقول) لا يورثونهم بل هو ساقط جداً فإن مبناه أن يكون الخالق الوصية بالثمرة والغلة بالمعاملة والاجارة بطريق القياس وليس كذلك بل هو بطريق دلالة النص عليه يرشد إليه قطعاً قول المصنف رحمه الله بالطريق الاولى وفي قوله فاقتضى ذلك جوازها في الوصية بالطريق الاولى لأن الاولوية إنما تنصور في الدلالة دون القياس وكون الشيء تابياً بخلاف القياس إنما ينافي القياس عليه لأن من شرط القياس أن لا يكون المقيس عليه معدولاً عن سنن القياس دون الإلحاق به بطريق الدلالة وقد مر مراراً نظائر هذا في الكتاب وشروحه فكيف خفي على ذلك البعض * ثم أقول بقى لنا شيء فيما ذكره المصنف رحمه الله وهو أن عقد المعاملة باطل غير مشروع عند أبي حنيفة كما تقر في موضعه فقوله ههنا جاء الشرع بورد العقد عليها كالمعاملة لا يتمشى على قول أبي حنيفة وإنما يتمشى على قول صاحبيه فإن عقد المعاملة مشروع عندهما والمسئلة التي نحن فيها مما اتفقوا عليه فكيف يبنى دليلها على ما اختلفوا فيه فتأمل

باب وصية الذي

ذكر وصية الذي بعد وصية المسلم لأن الكفار ملحقون بالمسلمين في أحكام المعاملات بطريق التبعية فذكر التابع بعد المتبوع كذا قالوا (أقول) أكثر ما ذكر في هذا الباب ليس من قبيل المعاملات كما ترى فتغليب الأقل على الأكثر غير معقول ولا يظهر أن يقال لما كان لبعض وصايا الكفار أحكام خاصة ذكر وصيتهم في باب على حدة وأخره لحساسيتهم (قوله وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعه أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث) لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذلك هذا وأما عندهما فلا أن هذه معصية فلا تصح عندهما قال صاحب

إذا وصية هنا و الظاهر أن عبارة الوصية سهو من الناسخ والاصل أن هذه الصنعة نعم لو قال لأن الوصية بالمعصية لا تصح فهذا أولى كان صحيحاً

(ولو أوصى) بذلك أي لو أوصى (٤٨٦) بأن تعمل بيعة أو كنيسة لقوم معينين (فهو جائز من الثلث لأن في الوصية معنى

الاستخلاف والتبليك) والذي ولاية التبليك (فأمكن تصحيحه) أي تصحيح إيصائه (على اعتبار المعنيين) يعني الاستخلاف والتبليك فجعلناه من الثلث نظرا إلى الاستخلاف فجوزنا ذلك نظرا إلى التبليك وإذا صار ملكا للمسلمين صنعوا به ما شاؤوا (وان أوصى أن تجعل داره كنيسة لقوم غير مسلمين) يعني قوما غير محصورين (جازت الوصية عند أبي حنيفة وقالاهي باطلة لأن هذه) في الحقيقة (معصية وان كان في معتقدهم قرينة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقريرها ولا في حنيفة) أن الاعتبار لمعتقدهم فانهم لو أوصوا بالجمع لم يعتبر وان كان عبادة عندنا بلا خلاف فكذلك إذا أوصوا بما هو في معتقدهم عبادة صح وان كان عندنا معصية لا فائدا أن نتركهم وما يدينون قالوا هذا الخلاف إذا أوصى ببناء بيعة أو كنيسة في القرى فأما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لأنهم لا يمكنون من أحداث ذلك في الأمصار

(قوله يعني الاستخلاف والتبليك فجعلناه من الثلث نظرا إلى الاستخلاف) أقول فيه نظر فان الاعتبار من

قال (ولو أوصى بذلك لقوم مسلمين فهو الثلث) معناه إذا أوصى أن تبني داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التبليك وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال (وان أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسلمين جازت الوصية عند أبي حنيفة وقال الوصية باطلة) لأن هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قرينة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية ولا في حنيفة أن هذه قرينة في معتقدهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فتجوز بناء على اعتقادهم ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قرينة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذلك عكسه

العناية في شرح هذا المحل إذا صنع يهودي بيعة أو نصرا في كنيسة في محنته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف التخرج أما عنده فلا ن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله إذا كان لمسلم فان وقف المسلم في حال الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى وأما عندهما فلا ن هذه الوصية معصية فلا تصح إلى هنا لفظه (أقول) فيه خلل من وجوه الأول أنه صرف البيعة إلى اليهودي والكنيسة إلى النصري وهو مخالف لما ذكره نفسه وسائر الشراح في كتاب الجهاد من أن الكنيسة اسم لمعبد اليهود والنصارى وكذلك البيعة اسم لمعبدهم مطلقا في الأصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى وعبارة الكتاب هنا تقتضي صرف البيعة إلى النصارى والكنيسة إلى اليهود بطريق ألف والتشريع غير المرتب والثاني أنه قال أما عنده وقال بعده فلا ن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله وأضمر أبا حنيفة أولا وأظهره ثانيا وكان الأول مقام الاظهار والثاني مقام الاضمار بخلاف عبارة المصنف فانما على الأصل السديد حيث قال لأنها بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث فأظهر أبا حنيفة أولا وأضمره ثانيا والثالث أنه خص كون الوقف موروثا عنده بالمسلم حيث قال فان وقف المسلم في حال الحياة موروث وبعد موته مع أن وقف الكافر أيضا موروث عنده بلاقاوت بخلاف عبارة المصنف فانما مطلقة حيث قال والوقف عنده موروث بلا تخصيص بالمسلم والرابع أنه قال فلا ن هذه الوصية معصية مع أنه لا وصية في مسئلتنا هذه فان المذكور فيها صنع اليهودي أو النصري في حال حياته بدون إضافة شيء إلى ما بعد موته والوصية تبليك مضاف إلى ما بعد الموت بخلاف قول المصنف فان هذه معصية إذا المشار إليه بهذه في قوله المذكور هي الصنعة دون الوصية فلا غبار عليه (قوله لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التبليك وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين) قال في العناية وغاية البيان وإذا صار ملكا للمسلمين صنعوا ما شاؤوا اه (أقول) هذا على أصلهما ظاهر فان الوصية بالمعصية باطلة عندهما وان كانت في معتقدهم قرينة كما سيجي عفا إذا بطلت حقيقة الوصية عندهما فيما نحن فيه لكون بناء البيعة والكنيسة معصية حقيقة وان كان قرينة في معتقد الكفار لمهما المصير إلى ما في الوصية من معنى الاستخلاف والتبليك تصحها الكلام العاقل مهما أمكن وأما على أصل أبي حنيفة رحمه الله فغير ظاهر لان كون الموصي به قرينة في معتقد الموصي كاف عنده في صحة الوصية كما سيجي وأيضا وفيما نحن فيه كذلك فينبغي أن تصح حقيقة الوصية عنده هنا كما تصح فيما إذا أوصى بذلك لقوم غير مسلمين على ما سياتي بدون المصير إلى اعتبار معنى الاستخلاف والتبليك في تصحيحها والحاصل أن الظاهر أن يكون تخرج هذه المسئلة على الاختلاف بين أبي حنيفة رحمه الله وصاحبيه وان كان جوابها على الاتفاق بينهم كافي المسئلة السابقة

الثلث انما هو لعلحق الورثة بما زاد عليه مما سبق ولهذا المالك في حياته حال المرض يعتبر من الثلث أيضا والاظهار ان النظر إلى المعنيين في التجوز والصحيح كما يدل عليه عبارة المصنف ولا اعتبار من الثلث يعلم مما أسلفه ثم

وذكر الفرق بين بناء البيعة والكنيسة والوصية بذلك وقوله (لم تصر محررة لله حقيقة) بل تحرر على معتقدهم (فتبقى ملكا للباني فتورث عنه) وقوله (ولأنهم يبنون) دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى (٤٨٧) وقوله (بخلاف الوصية) متصل

بقوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني والضمير في قوله (لانه وضع) وفي قوله (ثبوت مقتضاه) وقوله (فتبقى على مقتضاه) كلها راجع الى الوصية بتأويل الابصار وحاصل معناه ان الوصية وضعت لازالة الملك الا ان لفظها تقاعد عن افادة معناه وهو زوال الملك فيما اذا اوصى بما ليس بقربة في معتقدهم فاما اذا لاقت ماهو قربة فيه علمت عملها وقوله (ثم الحاصل ان وصايا الذي الخ) واضح (قوله وهو ما ذكرناه) يريد به الوصية ببناء البيعة أو الكنيسة وقوله (كأن ذكرناه)

يعني من الخلاف في الوصية بالبيعة والكنيسة وقوله (والوجه ما بيناه) أي من الجانبين وهو أن المعتبر عنده اعتقادهم وعندهما أنه وصية بمعصية (قوله والجهة مشورة) يعني أن كلامه في صرف المال الموصى به الى استضافة المسجد وغيرها خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الإلزام وقوله (على الخلاف المعروف في تصرفاته) يعني أنها جائزة عندهما موقوفة عند أبي حنيفة ان أسلم نفذ كسائر تصرفاته والا فلا

ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وإنما يزول ملكه بأن يصير محررا خالصا لله تعالى كافي مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكا للباني فتورث عنه ولأنهم يبنون فيها الخيرات ويسكنونها فلم تحرر لتعلق حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضا لعدم تحرره بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ماهو قربة عندهم فبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذي على أربعة أقسام منها أن تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه وما اذا اوصى الذي بان تذبح خنازيره ونطعم المشركين وهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير مسلمين كإن ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج أو بأن يبني مسجدا للمسلمين أو بأن يسرج في مساجد المسلمين فهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعياهم لوقوعه عليهم لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا اوصى بأن يسرج في بيت المقدس أو يغزي الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كانت لقوم باعياهم أو بغياهم لانهم لانهم وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم أيضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لافي حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للفتيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا أن يكون لقوم باعياهم فيصح عليهم الاستحلاف وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لاننا أمرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبيه

وأسلوب تحرير ما في الكتاب وشروحه يشعر باتفاقهم في التخرج أيضا فليتأمل (قوله ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله الى قوله والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة) قال في العناية بل تحرر على معتقدهم (أقول) لقائل أن يقول ان أصل أبي حنيفة رحمه الله أن كون الشيء قربة في معتقدهم كاف بناء على أن أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون فلا اعتبار عنده لاعتقادهم دون الحقيقة كما مر أنفا فلم لم يعتبر هنا كون الكنيسة أو البيعة محررة في معتقدهم حتى يزول ملك الباني عنها فان قلت انهم يبنون فيها الخيرات ويسكنون فلم تحرر لله تعالى لتعلق حق العباد بها قلت هذا صير الى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولأنهم يبنون فيها الخيرات الى آخره والكلام في التعليل الاول فلامعنى للخطأ (قوله ولأنهم يبنون فيها الخيرات ويسكنونها فلم تحرر لله تعالى لتعلق حق العباد به) قال صاحب العناية قوله ولأنهم يبنون فيها الخيرات دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى اه أقول فيه نظران كون هذا دليلا آخر على عدم التحرر لله تعالى يقتضي سبق دليل أول عليه ولا يذهب على الناظر في كلام المصنف انه لم يذكر فيه قبل هذا ما يكون دليلا عليه وإنما قال من قبل والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة وهذا دعوى بلا دليل ثم أقول الحق عندى أن قوله ولأنهم يبنون فيها الخيرات الخ دليل آخر على الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية عطف بحسب المعنى على قوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني الخ كانه قال ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله تعالى بينهم لان البناء نفسه ليس بسبب

(قوله والضمير في قوله لانه وضع وفي قوله ثبوت مقتضاه وفي قوله فتبقى على مقتضاه كلها راجع الى الوصية) المناسب للكلمة كلها أن يقول بصيغة الجمع وأن يقول راجعة

وقوله (وفي المرتدة الاصح أنه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة) وصارت كالذمية قال في النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وههنا الاصح وهما يصدقان وقوله (وادخل الحربى دارنا بامان فأوصى لمستأمن أو ذى بماله كله جاز) قبل هذا اذا لم تكن الورثة معه أما اذا كانت فانها تتوقف على اجازتهم والى هذا أشار بقوله (٤٨٨) (وليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب) وقوله (وذلك فى حق المستأمن أيضا) جواب

عما برده على قوله ورد الباقي على الورثة وهو أن يقال قد قلت ليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقي ووجهه أن ذلك الرد على الورثة أيضا مراعاة لحق المستأمن لأن من حقه تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ من حاجته والزيادة على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك وقوله (لما بينا) إشارة الى قوله لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الخ وقوله (ولوأعتق عبده عند الموت الخ) ظاهر وقوله (ولوأوصى لحربى فى دار الاسلام) دار الاسلام طرف لا وصى لاقوله حربى أى لو أوصى الذمى فى دار الاسلام لحربى فى دار الحرب لم يجز لتباين الدارين ولأن الذمى اذا أوصى لحربى فى دار الاسلام جاز على ما ذكر قبل هذا بقوله وكذا لو

وفى المرتدة الاصح أنه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل أو يسلم قال (وادخل الحربى دارنا بامان فأوصى لمسلم أو ذى بماله كله جاز) لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة وله هذا تنفيذ جازتهم وليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب اذ هم أموات فى حقنا ولا نحرمة ماله باعتبار الاثمان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية ويرد الباقي على ورثته وذلك من حق المستأمن أيضا ولوأعتق عبده عند الموت أو دبر عبده فى دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذلك لو أوصى له مسلم أو ذى بوصية جاز لانه مادام فى دار الاسلام فهو فى المعاملات بمنزلة الذمى ولهذا تصح عقود التملكات منه فى حال حياته ويصح تبرعه فى حياته فكذا بعد مماته وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه لا يجوز لانه مستأمن من أهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالحزبية ولوأوصى الذمى بأكثر من الثلث أو لبعض ورثته لا يجوز باعتبار المسلم لانهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولوأوصى بخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله مله واحدة ولوأوصى لحربى فى دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخيه والله أعلم بالصواب

لزال ملك الباني ولانهم يبنون فيها الحرات ويسكنونها الخ تبصر (قوله وفى المرتدة الاصح أنه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل أو يسلم) قال صاحب النهاية وذكر صاحب الكتاب فى الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم انها لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها اهـ وقال صاحب النهاية بعد نقل هذا عن النهاية والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وههنا الاصح وهما يصدقان اهـ (أقول) ليس هذا بتوفيق صحيح اذ لا شك أن مراد من قال فى الخلافات هو الصحيح يرجع هذا القول على القول الآخر لا بيان مجرد صحته مع رجحان الآخر كما أن مراد من قال هو الاصح ترجحه على الآخر بل قوله هو الصحيح دل على الترجيح من قوله هو الاصح ولا ريب أن ترجيح أحدهما على الآخر بنا فى ترجيح الآخر عليه ولا يمكن أن يصدقامعا (قوله ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخيه) أقول هذا التعليل الذى حاصله قياس الوصية على الارث منقوض بمسائل متعددة مرت فى الكتاب آنفا منها ما اذا دخل الحربى دارنا بامان فأوصى لمسلم أو ذى بماله كله فانه جائز مع ان الارث ممتنع بين الذمى والحربى لتباين الدارين وبين المسلم والحربى لا اختلاف الدينين وتباين الدارين حكما ومنها ما اذا أوصى ذى لحربى مستأمن بوصية فانه جائز فى ظاهر الرواية مع انه لا توارث بينهما لتباين الدارين حكما ومنها ما اذا

أوصى له أى للمستأمن مسلم أو ذى بوصية جاز والله سبحانه وتعالى أعلم

باب

(قوله والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وههنا الاصح وهما يصدقان) أقول فيه بحث فانهم اذا قالوا هو الصحيح فهو فى مقابلة الخطاب خلاف الصحة المفهومة من الحكم بالاصحبة بالالتزام قال المصنف (وذلك من حق المستأمن أيضا) أقول لا من حق ورثته حتى ينافى ما قلنا آنفا قال المصنف (ولهذا يصح عقود التملكات منه فى حال حياته) أقول فيه شئ فان هذا الكلام انما يناسب لاثبات جواز وصية المستأمن للمسلم أو الذمى ويمكن التوجيه كما أشير اليه فليتأمل (قوله ولأن الذمى اذا أوصى) أقول فى صحة هذا العطف تأمل

باب الوصى وما يملكه

قال (ومن أوصى الى رجل فقبل الوصى في وجهه الموصى وردها في غير وجهه فليس برد) لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته فردده بخلاف الوكيل بشرائه عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه

أوصى مسلم لمستأمن بشئ فإنه أيضا جائز في ظاهر الرواية مع أنه لا توارث بين المسلم والكافر أصلا لاختلاف الدينين ولتبين الدارين أيضا إذا كان الكافر حرييا ولو كان مستأمنا

باب الوصى وما يملكه

لما فرغ من بيان أحكام الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى اليه وهو الوصى وقدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها أمس (قوله بخلاف الوكيل بشرائه عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه) قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتممة وأدب القاضي الصدر الشهيد والجامع الصغير للإمام المحبوبي وفتاوى قاضخان لانه ذكر في هذه الكتب أن الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة وموضعه في الذخيرة الفصل الثاني من وكالاته والفصل العاشر من التمة والباب السابع والستون من أدب القاضي وباب بيع الاوصياء من وصايا الجامع الصغير وفصل التوكيل بالنصومة من فتاوى قاضخان الى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وهذا القيد وهو قوله بغير عينه احتراز عن الوكيل بشرائه عبد بعينه لانه لا يملك عزل نفسه عنه أيضا بغير علم الموكل كما في الوصى لانه يؤدي الى تغير الموكل بخلاف ما اذا كان وكيلا بشرائه عبد بغير عينه حيث يملك عزل نفسه لانه لا يؤدي الى تغير الموكل وهذا فيما اذا و كاه بشرائه شئ بعينه له أن يعزل نفسه بغير محضر الموكل على قول بعض المشايخ واليه أشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قيل لا يحضر من الموكل أي لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشايخ فعن هذا عرفت أن ما قال بعضهم في شرحه هذا الذي قاله صاحب الهداية مخالف لعامة روايات الكتب كالتممة والذخيرة وغيرهما ليس بشئ لان المراد بما ذكر في التمة وغيرهما من قولهم الوكيل لا يملك اخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ما اذا كان وكيلا بشرائه شئ بعينه لا بشرائه شئ بغير عينه و مراد صاحب الهداية هنا ما اذا كان وكيلا بشرائه شئ بغير عينه فتوافقت الروايات جميعا ولم تختلف الى هنا كلام صاحب الغاية والى هذا مال صاحب الغاية أيضا كما يظهر من تقريره في شرحه أقول بل ليس هذا التوفيق بشئ لانهم عقدوا في أكثر المعبرات لعزل الوكيل فصلا على حدة أو بأب على حدة و بينوا فيه عدم صحة عزل الموكل للوكيل بغير علم الوكيل وكذا عدم صحة عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل من غير تقييد بشئ فهل يجوز العقل أن يكون مرادهم بذلك ما اذا كان وكيلا بشرائه شئ بعينه فيكون عقدا الفصل أو الباب لبيان حكم العزل في مسألة بعينها من مسائل الوكالات بمباراة مطلقة ويكون حكم العزل في سائرهما متروك الذكر بالكلية في عامة روايات الكتب ولعمري ان حمل كلام الثقات على مثل ذلك سفسطة لا تخفى ولندكر من بينها عبارة الذخيرة لعلك تأخذ منها حصة قال فيها الفصل الثاني في رد الوكيل من الوكالة وفي عزل الوكيل وقال قد ذكرنا أن الوكيل اذا رد الوكيل لانه لا يملك ان يرد الوكيل بالرد وان لم يعلم فلا ترد حتى ان من وكل غائبا فبلغه الخبر فرد الوكيل ولم يعلم الموكل به ثم قبل الوكيل الوكالة صح قبوله وصار وكيلان ثم قال ولا يصح عزل الوكيل من غير علم الوكيل ولا يخرج

باب الوصى وما يملكه

لما فرغ من بيان الوصى له شرع في بيان الوصى اليه وهو الوصى وقدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها أمس (قوله بخلاف الوكيل بشرائه عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه) قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتممة وأدب القاضي الصدر الشهيد والجامع الصغير للإمام المحبوبي وفتاوى قاضخان لانه ذكر في هذه الكتب أن الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة وموضعه في الذخيرة الفصل الثاني من وكالاته والفصل العاشر من التمة والباب السابع والستون من أدب القاضي وباب بيع الاوصياء من وصايا الجامع الصغير وفصل التوكيل بالنصومة من فتاوى قاضخان الى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وهذا القيد وهو قوله بغير عينه احتراز عن الوكيل بشرائه عبد بعينه لانه لا يملك عزل نفسه عنه أيضا بغير علم الموكل كما في الوصى لانه يؤدي الى تغير الموكل بخلاف ما اذا كان وكيلا بشرائه عبد بغير عينه حيث يملك عزل نفسه لانه لا يؤدي الى تغير الموكل وهذا فيما اذا و كاه بشرائه شئ بعينه له أن يعزل نفسه بغير محضر الموكل على قول بعض المشايخ واليه أشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قيل لا يحضر من الموكل أي لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشايخ فعن هذا عرفت أن ما قال بعضهم في شرحه هذا الذي قاله صاحب الهداية مخالف لعامة روايات الكتب كالتممة والذخيرة وغيرهما ليس بشئ لان المراد بما ذكر في التمة وغيرهما من قولهم الوكيل لا يملك اخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ما اذا كان وكيلا بشرائه شئ بعينه لا بشرائه شئ بغير عينه و مراد صاحب الهداية هنا ما اذا كان وكيلا بشرائه شئ بغير عينه فتوافقت الروايات جميعا ولم تختلف الى هنا كلام صاحب الغاية والى هذا مال صاحب الغاية أيضا كما يظهر من تقريره في شرحه أقول بل ليس هذا التوفيق بشئ لانهم عقدوا في أكثر المعبرات لعزل الوكيل فصلا على حدة أو بأب على حدة و بينوا فيه عدم صحة عزل الموكل للوكيل بغير علم الوكيل وكذا عدم صحة عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل من غير تقييد بشئ فهل يجوز العقل أن يكون مرادهم بذلك ما اذا كان وكيلا بشرائه شئ بعينه فيكون عقدا الفصل أو الباب لبيان حكم العزل في مسألة بعينها من مسائل الوكالات بمباراة مطلقة ويكون حكم العزل في سائرهما متروك الذكر بالكلية في عامة روايات الكتب ولعمري ان حمل كلام الثقات على مثل ذلك سفسطة لا تخفى ولندكر من بينها عبارة الذخيرة لعلك تأخذ منها حصة قال فيها الفصل الثاني في رد الوكيل من الوكالة وفي عزل الوكيل وقال قد ذكرنا أن الوكيل اذا رد الوكيل لانه لا يملك ان يرد الوكيل بالرد وان لم يعلم فلا ترد حتى ان من وكل غائبا فبلغه الخبر فرد الوكيل ولم يعلم الموكل به ثم قبل الوكيل الوكالة صح قبوله وصار وكيلان ثم قال ولا يصح عزل الوكيل من غير علم الوكيل ولا يخرج

(لأنه لا ضرر هناك لأنه حتى قادر على التصرف بنفسه) فانه جعل علة جواز عدم الضرر كافي رد الموصى له قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره المؤلف لعامة روايات الكتب من التهمة والخبرة وأدب القاضي للصديق الشهيد والجامع الصغير للإمام المحمدي وقتاوي قاضخان ونقل عن كل واحد منها ما يدل على أن الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة ولكن ليس (٤٩٠) فيما نقله ما يدل على الوكيل بشراشي بغير عينه وعن هذا قال بعض

لأنه لا ضرر هناك لأنه حتى قادر على التصرف بنفسه (فان ردها في وجهه فهو رد) لأنه ليس للموصى ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لأنه يمكنه أن ينسب غيره (وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل) لأن الموصى ليس له ولاية الزام فبقي مخيرا فلأنه باع شيئا من تركته فقد لزمته لأن ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لأن الوصاية خلافه لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة أما التوكيل فانه ثابت بثبوته في حال قيام ولاية الميت فلا يصح من غير علمه كاثبات الملك بالبيع والشراء وقد ينظر طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب

عن الوكيل علة عندنا الوكيل بالخصوصية والوكيل بالبيع والشراء والنكاح والطلاق وصائر التصرفات في ذلك على السواء ثم قال وكذلك اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى انظر بعين البصيرة هل فيه ما يساعد التقييد بما اذا كان وكيله بشراشي بغير عينه وعن هذا قال صاحب الكافي ههنا يدل قول المصنف بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير علمه الخ ألا يرى أن الوكيل اذا أخرج نفسه من الوكيل كالة لا يصح الا بعلم الموكل دفعه للغرر والضرر المنهين فان يجب نفي الغرر والضرر عن الميت وهو أحق بالنظر أولى انتهى (قوله لأنه لا ضرر هناك لأنه حتى قادر على التصرف بنفسه) أقول إقائل أن يقول هذا التعليل ينتقض بصورة رد الوصي الوصية في غير وجه الموصى في حياته فان الموصى حتى قادر على التصرف بنفسه في حال حياته مع أنه لا يصح رد الوصي الوصية في غير وجه الموصى بعد أن قبلها في وجهه لا في حياته ولا بعد مماته كما تقدم آنفا والجواب أن معنى الایصاء إلى أحد استخلافه بعد الموت لا في حال الحياة فالتصرف الذي يرفعه الموصى إلى الوصي انما هو التصرف الكائن بعد موته ولا شك أنه ليس بقادر في حياته على التصرف الحاصل بعد مماته كما أنه ليس بقادر عليه بعد مماته بلا شبهة فلا انتفاض نعم انه بقدر في حياته على الایصاء إلى الآخر بدل الاول اذا علم رد الاول لكن الكلام ههنا في عدم صحة رد الوصي بغير علم الموصى فان معنى قوله في غير وجهه بغير علمه ومعنى قوله بوجهه بغير علمه كإفصاحه في الذخيرة وذكر في الشروح أيضا (قوله واذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة) أقول رد عليه أن يقال هب أن الوصاية خلافة لكنها ليست بخلافة ضرورية كالوراثة بل هي خلافة اختيارية ألا يرى أنه لو لم يقبلها الموصى اليه ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل كما مر في الكتاب آنفا فاذا كانت خلافة تتوقف بثبوتها على اختيار الموصى اليه اياها فعدم توقف ثبوتها على علم الموصى اليه بها مشكل جدا ألا يخفى ان اختيار شي وقبوله بدون العلم به متعسر بل متعذر فليتأمل (قوله وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب) قال جمهور الشراح ومن تلك الكتب ما ذكره المصنف في فصل القضاء بالموارث من كتاب أدب القاضي بقوله ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنه شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة وقالاهو والاول سواء أي

الشارحين رواية عامة الكتب فيما اذا كان وكيله بشراشي بغير عينه وقد أشار اليه المصنف في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله على ما قبله الامحضر من الموكل وذلك أيضا قول المشايخ على ما يشهد به قوله قبل وسببه الاضرار بتغيره وأما اذا كان وكيله لا بشراشي بغير عينه فليس فيه ذلك وقوله (وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصى ليس له ولاية الزام فبقي مخيرا) يعني كن وكل حال حياته فانه ما لم يوجد من الوكيل قبول نصا ولا دلالة كان بالخيار قبل كان يجب أن لا يكون مخيرا لأنه لما بلغه الایصاء ولم يرد اعتمد عليه الموصى ولم يوص الى غيره وفي ذلك ضرر به والضرر مرفوع وأجيب بأن الموصى مغتر حيث لم يسأله عن الرد والقبول فلا يبطل الاختيار بخلاف ما اذا قبل ثم رد في غيبته فانه غار فيبطل

اختياره وقوله (فلأنه باع شيئا من تركته) بيانه أن القبول يجوز أن يكون دلالة فانه ساعلم عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يخالفه لكنه يعتبر بذلك بعد الموت وقوله (وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب) من ذلك ما ذكره في كتاب أدب القاضي في فصل القضاء بالموارث ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنه شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة وقالاهو والاول سواء أي الواحد فيهما يكفي

(قوله وعن هذا قال بعض الشارحين) أقول يعني الاتفاق

وقوله (وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل) يعني أن الوصي اذا سكنت في حياة الموصي ثم بعد مماته قال لا أقبل ثم قبل فهو وصي ان لم يخرج به القاضي حين قال لا أقبل لان مجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء عندنا خلافا لفرلان في ابطاله مضره بالميت وفي ابقائه ضرر للموصي لكن الاول اعلى لكونه غير مجبور بشئ والثاني مجبور بالنوب ودفع الاعلى من الضرر أولى لاحالة وقوله (الا أن القاضي اذا أخرجه) استثناء من قوله فله ذلك يعني (٤٩١) أن القاضي اذا أخرجه عنها حين

قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك واختلاف المشايخ في تعليل صحة هذا الاخراج فمنهم من قال القاضي حكم في فصل مجتهد فيه فينفذ واليه ذهب الامام شمس الأئمة السرخسي وهو الذي اختاره المصنف ومنهم من قال انما صح لان الوصاية لو صحت بقبوله كان للقاضي أن يخرج به ويصح الاخراج فهنا أولى واليه ذهب شمس الأئمة الحلواني والباقي واضح قال (ومن أوصى الى عبد أو كافرا الخ) ومن أوصى الى عبد غيره أو كافر ذي أومستأمن أو حربي أو فاسق أخرجه عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ وهو لفظ القدوري يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعد الصحة وذكر محمد في الصور الثلاث أن الوصية باطلة ثم اختلف المشايخ في أنه باطل أصلا أو معناه سيطل قال الفقيه أبو الليث واليه ذهب القدوري ونحو الاسلام البردوي وعامة مشايخنا

(وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل) لان مجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر للموصي في الابقاء مجبور بالنوب ودفع الاول وهو اعلى أولى الا أن القاضي اذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا للمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخرجهم فلو قال بعد اخراج القاضي اياه أقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية باطل القاضي قال (ومن أوصى الى عبد أو كافرا أو فاسقا أخرجه عن الوصية ونصب غيرهم) وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد في الاصل أن الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور أن الوصية ستبطل

الواحد فيهما يكتفي انتهى وقال بعض المتأخرين قوله فيما تقدم من الكتب ما عبارة عن الكتب ومن للتبعيض أي يبينه في بعض الكتب المتقدمة أراد به كتاب القضاء وأيس ما عبارة عن الكتب ومن للتبيين كما فهم ذلك من تقرير بعض الشراح اذ ليس لما ذكره أن في غير كتاب القضاء أصلا انتهى أقول ليس ما قاله هذا البعض بصح لان المصنف كما ذكره في كتاب أدب القاضي ذكره في كتاب الوكالة وفي كتاب الشفعة أيضا فانه قال في باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته ونصرفه جائز حتى يعلم ثم قال فيه وقد ذكرنا اشتراط العدد والعدالة في الخبر فلا نعيده وقال في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من كتاب الشفعة واذ بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الا الشهادة حتى يخبره رجلان أو رجل واحد أو رجلان أو واحد عدل عند أبي حنيفة وقال لا يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صيبا أو امرأة اذا كان الخبر حقا وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم انتهى والعجب من ذلك القائل أنه كيف اجترأ على الحكم بان ليس لما ذكره أن في غير كتاب القضاء أصلا بدون التبع لمن تقدم من الكتب (قوله الا أن القاضي اذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك) قال عامة الشراح قوله الا أن القاضي اذا أخرجه استثناء من قوله ثم قال أقبل فله ذلك يعني أن القاضي اذا أخرجه عنها حين قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك انتهى أقول فيه نظر لان المصنف قد قوله فله ذلك بقوله ان لم يكن القاضي أخرجه حين قال لا أقبل وذلك القيد يفيد مفهوم المخالفة أن القاضي اذا أخرجه عن الوصاية لم يكن له ذلك أي لم يصح قبوله والمفهوم معتبر في الروايات بالاجماع كما نصوا عليه فلم يبق احتياج الى استثناء ما اذا أخرجه القاضي عن الوصاية من قوله فله ذلك فلو كان قوله هنا الا أن القاضي اذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك يلزم الاستدراك في الكلام كما لا يخفى فالوجه عندي أن يكون قوله هنا الا أن القاضي اذا أخرجه استثناء من قوله في قربه ودفع الاول وهو الاعلى أولى فيكون هذا الاستثناء دخلا في حيز تعليل مسألة الكتاب ويكون ناظرا الى مفهوم قيدها وهو قوله ان لم يكن القاضي أخرجه حين قال لا أقبل كما أن ما قبل هذا الاستثناء كان ناظرا الى منطوق أصلها ويؤيد أن

ان معناه سيطل ووجهه ان العبد أهل للتصرف ولهذا جازت وكيله ولكن لما كان مجزؤه عن استيفاء حقوق الميت منطوقا لكون منافعه للمولى والظاهر المنع عن التبرع بها وعلى تقدير الاجازة كان له الرجوع وعند ذلك يخرج العبد عن التصرف بالوصاية فلنا انما سيطل باخراج القاضي اياه عنها واما الكافر فقد ذكر في كتاب القسمة انه لو قسم شيئا قبل ان يخرج به القاضي جاز فثبت ان الايصاء صحيح لكنه لا يتوقى البياعات الفاسدة فجاء للقاضي أن يخرج به عن الوصية

(قوله وقوله الا أن القاضي اذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك) أقول فيه بحث

وقال بعضهم انه باطل في العبد واليه ذهب شمس الأئمة السرخسي وذلك لان الوصاية ولاية متعدي وليس للعبد ولاية على نفسه فضلا ان يكون له ولاية على غيره فقوله لعدم ولايته اشارة الى ما قبل الاجازة وقوله (واستبداده الى ما بعدها) لانهم اجتزأوا الاعارة منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم وقيل معناه في الكافر ايضا باطل لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ظاهرا وقد ذكرنا بعضا منه آنفا وقوله (وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره) لان الميت انما أوصى اليه لينتظر في ماله وأولاده بعده بالحفظ والصيانة وبالحبابة ترتفع الصيانة فلا يحصل الغرض من الوصاية وقوله (٤٩٣) (ومن أوصى الى عبد نفسه) واضح وقوله (وفي اعتبار هذه) أي هذه

الوصية وهي وصية عبده على الورثة الصغار (تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته) وقوله وهذا نقض الموضوع لان الوصي انما يملك الولاية من الموصى وولايته لا تجزأ اذا لا يقال ولايته في بعض دون بعض فلو ثبت التجزؤ في ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصى لكنه غير متجزؤ كان عائد على موضوعه بالنقض وقوله (انه مخاطب) احتراز عن الصبي والمجنون وقوله (مستبد) احتراز عن الایصاء الى عبد الغير وعما اذا كان في الورثة كبار وقوله (ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي ان يبيعه فيحقق المنع والمنافاة وأجيب بانه اذا ثبت الایصاء لم يسبق للقاضي ولاية البيع

(قال المصنف وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غير معناه متبطل) أقول فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فان أمم الفاعل حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال

وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غير معناه متبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الناسق على أصلنا وولاية الكافر في الجملة الا أنه لم يتم النظر لثبوت ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعده ولو المعادة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالحبابة فيخرج القاضى من الوصاية ويقيم غيره مقامه انما للنظر وشرط في الاصل أن يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره قال (ومن أوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية) لان للكبير ان يمنع أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدة وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند أبي حنيفة ولا تجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع أبي حنيفة وتارة مع أبي يوسف وجه القياس أن الولاية منعدمة لما أن الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمسلوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تجزأ وفي اعتبار هذه تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا مالا كاليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وإبصاه

هذا الاستثناء لم يكن مذكورا في البداية أصلا مع كون المسئلة مذكورة هناك أيضا بحالها (قوله وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع أبي حنيفة ومرة مع أبي يوسف) قال صاحب العناية ولنساق في هذا القيل نظر لان كبار الثقات المتقدمين على صاحب الهداية كلهم ذكروا قول محمد مع أبي يوسف بلا اضطراب كالطحاوي في مختصره والكرخي في مختصره وأبي الليث في نكت الوصايا والقنوري في التقریب وشمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي وصاحب المنظومة فيهما وفي شرحها وغيرهم من أصحابنا انتهى أقول نظره ساقط اذا يلزم من أن يذكر قول محمد مع أبي يوسف في كتب هؤلاء المشايخ الذين عددهم أن لا يكون قوله مضطربا في نقل أحد أصلا كيف وقد قال في المحيط البرهاني وان كانت الورثة صغارا كلهم فان أوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة وان أوصى الى عبد نفسه فالوصية جائزة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف انها باطلة على التفسير الذي قلنا وقول محمد في الكتاب مضطرب ذكر في بعض الروايات مع أبي حنيفة وفي بعضها مع أبي يوسف انتهى نعم الذي وقع في كتب كثير من المشايخ كون قوله مع أبي يوسف ولهذا اختاره المصنف حيث ذكر قوله مع أبي يوسف أولا وأشار الى وقوع رواية أخرى في كلام بعضهم حيث قال وقيل قول محمد مضطرب فلا غير رقبته (قوله وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا مالا كاليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي أن يبيعه

والجل على عموم المجاز محل تأمل يعلم الجواب بما ذكر في شرح الاتقاي وهو أن محمد اذ كره في الجامع الصغير عن يعقوب المولى عن أبي حنيفة في المسلم وصى الى الذي قال الوصية باطلة وكذلك ان أوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وذكر محمد في الاصل واذا أوصى لغيره فالوصية باطلة وان أجاز مولا وقال في الاصل أيضا اذا أوصى المسلم الى ذى أو الى حربي مستأمن أو غير مستأمن فهو باطل وقال في الاصل أيضا ولو أوصى الى فاسق منهم مخوف على ماله فالوصية اليه باطلة انتهى (قال المصنف ومن أوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية) أقول لا يخفى علينا أن وجه صحة الوصية الى عبد العبر جاز هنا الا أن يؤول ويقال اذا كان للقاضي أن يخرج له لم يستقر على الصحة فكانه لم يصح من الابتداء حيث كان على شرف الزوال

وقوله بكونه ناظر الهم لان العاقل لا يختار المرفوق دون الاحرار كافة الا اذا وثق بديانته وأمانته وشفقته على من خلفهم وصار كالمكاتب فان الايصال اليه جائز فكذلك هذا قوله (والوصاية قد تتجزأ) جواب عن قوله ما في اعتبار هذه تجزئتها وذلك أن الحسن ابن زياد روى عن أبي حنيفة أنه اذا أوصى الى رجلين الى أحدهما في العين والى الآخر في الدين أن كل واحد منهما يكون وصيا فيما أوصى اليه خاصة أو نقول بصار اليه أى الى التجزى كى لا يؤدي الى ابطال هذا التصرف وهو نصب عبده وصيا على الصغار فان قيل يقضى الى تغيير وصفه وهو جعله متجزئا بعد ما لم يكن قلنا يعتبر الوصف لتصحح الاصل أولى من اهداره بالكلية قال (ومن يجز عن القيام بالوصية) معنى قوله بالوصية بالوصاية اعلم ان الاوصياء ثلاثة عدل كاف وعدل غير كاف وفاسق وزاد المصنف العاجز أصلا اذا ظهر للقاضي عجز وصى عن الاستبداد وهو عدل ضم اليه غير رعاية لحق الموصى والورثة وهذا لان القاضي نصب ناظرا واذا علم صيانة الوصى ونقص كفايته وجب عليه تسكيل النظر وهو يحصل بضم غيره اليه واذا لم يظهر ذلك عنده لكن شكى اليه الوصى ذلك أى عدم الاستبداد بجزء لا يجيبه كما ذكر في الكتاب (٤٩٣) ولو ظهر عنده عجزه أصلا استبدل

غيره به رعاية للنظر من الجانبين أى جانب الموصى والوصى يقوم المنصوب من جهة القاضي بالتصرف فى حوائج الموصى والعاجز المعزول بقضاء حقوق نفسه واذا كان عدلا كافيا فليس للقاضي أن يتعرض اليه بالاعراج وان شكاه الورثة أو بعضهم اليه الا اذا ظهر منه خيانة فانه يستبدل به غيره ووجه ذلك مذكور فى الكتاب قوله (ومن أوصى الى اثنين روى عن أبي القاسم الصفار أنه قال هذا الخلاف بينهم فيما اذا أوصى اليهما جميعا معا بعقد واحد فأما اذا أوصى الى كل واحد منهما بعقد

المولى اليه يؤذن بكونه ناظر الهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزأ على ما هو المروى عن أبي حنيفة أو نقول بصار اليه كى لا يؤدي الى ابطال أصله وتغيير الوصف لتصحح الاصل أولى قال (ومن يجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره) رعاية لحق الموصى والورثة وهذا لان تسكيل النظر يحصل بضم الآخر اليه لصيانته ونقص كفايته فتم النظر برعاية غيره ولو شكك اليه الوصى ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشا كى قد يكون كاذبا تخفيا على نفسه واذا ظهر عند القاضي عجزه أصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف أمينا فليس للقاضي أن يخرج له لانه لو اختار غيره كان دونه لما أنه كان مختارا لميت ومرضيه فابقاؤه أولى ولهذا قدم على أب الميت مع وفور شفقه فأولى أن يقدم على غيره وكذا اذا شك الورثة أو بعضهم الوصى الى القاضي فانه لا ينبغي له أن يعزله حتى يبدوله منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير أنه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فانت ولو كان فى الاحياء لا يخرج منه فاعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصى له قال (ومن أوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه) الا فى أشياء معدودة بينهما ان شاء الله تعالى وقال أبو يوسف ينفر لكل واحد منهما بالتصرف فى جميع الاشياء لان الوصاية

فيحقق المذموم والمنافاة وأجيب بأنه اذا ثبت الايصال اليه لم يبق للقاضي ولاية البيع كذا السؤال والجواب فى أكثر الشروح وعزاهما فى النهاية ومعراج الدراية الى الاسرار أقول فى هذا الجواب بحث لان عدم بقاء ولاية البيع للقاضي موقوف على جواز الوصية اليه شرعا وهو أول المسئلة التى نحن فيها والمقام مقام الدليل عليه من قبل أبي حنيفة رحمه الله فلو بنى تمام هذا الدليل عليه لزم المصادرة على المطلوب لا محالة فالحق فى الجواب عن السؤال المذكور ما نقله صاحب الغاية عن شرح الاقطع حيث قال وأورد فى شرح الاقطع سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا كافوا صفارا للقاضي بلى على بيعه اذا رأى ذلك قيل ولاية القاضي على الوصى لا تمنع جواز الوصية لانه بلى على الاحرار مع

على حدة فانه ينفر لكل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه أبو الليث هذا أصح وبه نأخذ بمنزلة الوكيلين اذا وكل كلا منهما على الانفراد وحكى عن أبي بكر الاسكاف أنه قال الخلاف فيهما جميعا سواء أوصى اليهما جميعا أو منفردا وجعل فى المبسوط هذا الأصح لان وجوب الوصية انما يكون عند الموت وحينئذ تثبت الوصية لهما معا فلا فرق بين الافتراق والاجتماع بخلاف الوكالة وانما قال الا فى أشياء معدودة ولم يذكر كتبها لان خلاف أقوال العلماء فيها قد ذكر فى الاسرار ستة وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة وقبول الهبة وجمع الاموال الضائعة من تجهيز الميت وقضاء الدين بجنس حقه وشراء ما لا بد للصغير منه وبيع ما يسرع اليه الفساد وورد الغصب والوديعة والخصومة وذكر فى الجامع الصغير لقاضي خان ثمانية وهى الستة المذكورة فى الاسرار وتنفيذ الوصية وقبول الهبة وذكر فيه ايضا جمع الاموال الضائعة قبل ويمتثل أن يكون قبول الهبة من جنس جمع الاموال الضائعة فيعدان واحدا كى لا يزداد امانص عليه من الثمانية والذي ذكره المصنف أكثر من ذلك

سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تجزأ فيثبت لكل منهما كلاً كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتاً للموصى وقد كان وصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما أن الولاية تثبت بالنفويض فبراعى وصف النفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مقيد وما رضى الموصى الا بالثني وليس الواحد كالثني بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هناك القرابة وقد قامت بكل منهما كلاً ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفؤ يخطبها يجب عليه وهذا حق التصرف للموصى ولهذا يبقى مخيراً في التصرف ففي الاول أو في حقاً على صاحبه فصح وفي الثاني استوفى حقاً لصاحبه فلا يصح أصله الدين الذي عليه ما وله ما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية وموضع الضرورة مستثناة أبداً وهي ما استثناء في الكتاب وأخواتها فقال (الا في شراء كفن الميت وتجهيزه) لان في التأخير فساد الميت ولهذا اذ لم يكن الجيران عند ذلك (وطعام الصغار وكسوتهم) لانه يخاف موتهم جوعاً وعرياً (ورداً للوديعة بعينها ورداً للغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الاموال وقضاء الديون) لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بخمس حقه

وقوله (سبيلها الولاية) يعني انها لا تثبت لمن لا تثبت له الولاية بالتولية كالكافر والعبد على ما مر وقوله (لانها ليست من باب الولاية) أي الولاية المستفادة من الموصى لثقتها من غير من أوصى اليه وذ كر رواية الجامع الصغير لبيان أن اقتضاء الدين أي قبضه ليس كقضائه بل هو على الاختلاف

وجود الوصية اليهم انتهى (قوله وهي ما استثناء في الكتاب وأخواتها) يعني وهي أي الاشياء المعدودة ما استثناء القديري في مختصره بقوله الا في شراء كفن الميت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوتهم وردة وديعة بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة في حقوق الميت انتهى وهذه تسعة أشياء كما ترى قصر القديري الاستثناء عليها في مختصره واقتفى أثره المصنف في البداية وقوله هنا وأخواتها بالرفع عطف على ما في قوله ما استثناء في الكتاب أي والمسائل التي هي أخوات المسائل المستثناة في الكتاب وهي ما زاده المصنف في الهداية بقوله ورداً للغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الاموال ثم بقوله وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة وهذه التي زاده المصنف على ما في الكتاب ستة أشياء فيصير مجموع الاشياء المعدودة خمسة عشر كما لا يخفى قال بعض المتأخرين في شرح هذا المجل قولهم وهي ما استثناء في الكتاب أي في مختصر القديري كما سبق وقوله وأخواتها بالرفع عطف على ما اشار الى أنه يراد عليه أشياء أخرى وهي ما ذكرته فيما سبق يعني قوله وزاده المصنف رد الغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الاموال وقال ثم ان جعلنا شراء لكفن وتجهيز واحد كما جعل في الاسرار بناء على أن الاول داخل في الثاني وكذا رد الغصوب والوديعة والمشتري شراء فاسداً يكون المستثنى فيما ذكره المصنف أحد عشر وما زاده اثنين والا فأربعة عشر وما زاده ثلاثة كما هو الظاهر من لفظ الأخوات انتهى كلامه أقول هذا الذي ذكره مع كونه ناشئاً عن الغفلة عما زاده المصنف في الآخر من أشياء ثلاثة وهي قبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة محتفل في ذاته اذ لا يمكن أن يكون مجموع ما ذكره المصنف أحد عشر على تقدير أن يكون ما زاده اثنين وأربعة عشر على تقدير أن يكون ما زاده ثلاثة لان زيادة الثلاثة على اثنين واحد فكيف يمكن أن يكون المجموع زيادة اثنين أحد عشر وزيادة الثلاثة أربعة عشر بل لابد أن يكون زيادة الثلاثة اثني عشر كما لا يخفى (قوله وطعام الصغار وكسوتهم) قال في غاية البيان وطعام الصغار وكسوتهم بالجر عطف على قوله في شراء الكفن وكذلك قوله ورد الوديعة بعينها ورد الغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الاموال وقضاء الديون كل ذلك بالجر وكذلك قوله وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه

وحفظ المال بملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الراى (وتنفذ وصية بعينها وعق عبد بعينه) لانه لا يحتاج فيه الى الراى (والخصومة في حق الميت) لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينصرف بها احد الوكيلين (وقبول الهبة) لان في التأخير خيفة الفوات ولانه بملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية (وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف) لان فيه ضرورة لا تخفى (وجمع الاموال الضائعة) لان في التأخير خشية الفوات ولانه بملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع أو يتقاضى والمراد بالتقاضى الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضى بأمانته ما جيعا في القبض

التوى وجمع الاموال الضائعة كل ذلك بالجرانتهى أقول لا يخفى أن ما يساعده تحرير المصنف من الاعراب هو الذى ذكر في الشرح المزبور لكنه منظوره عنده عندى لان قول المصنف في شراء الكفن في كتابه هذا واقع في حيز قال في قوله فقال في شراء الكفن ولا ريب أن الضمير المستتر في قوله فقال راجع الى ما رجع اليه الضمير المستتر فيما استثناءه في الكتاب وهو القدرورى والمراد بالكتاب مختصره فيلزم أن يكون جميع الامور المعطوفة على شراء الكفن بالجر في الهداية من مقول القدرورى في مختصره وليس كذلك قطعا كما عرفته مما بيناه فيما مر آنفا اللهم الا أن يحمل قوله فقال الا في شراء الكفن الخ على تغليب ما ذكره القدرورى في مختصره على ما زاد عليه المصنف هنا بطريق اللاحاق به تأمل (قوله وحفظ المال بملكه من يقع في يده) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله وحفظ المال بالرفع هذا على وجه التعليل لقوله وقضاء الدين يعنى أن كل واحد من الوصيين يملك قضاء الدين لانه ليس في قضاء الدين الاحفظ المال الى أن يقضى صاحب الدين وكل من يقع المال في يده فهو يملك حقه انتهى أقول لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن هذا الذى ذهب اليه تكلف بارد بل تعسف فاسد اذ لا شك أن مراد المصنف بقضاء الدين في قوله وقضاء الدين هو نفس القضاء مع قطع النظر عن الحفظ بقرينة قوله قبيله وحفظ الاموال فكيف يتم حينئذ توجيه التعليل بما ذكره الشارحان المزبوران والصواب أن قول المصنف هنا وحفظ المال بملكه من يقع في يده مسوق على وجه التعليل كقوله من قبل وحفظ الاموال كما لا يخفى (قوله والمراد بالتقاضى الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم) أقول فيه شئ وهو أن قوله كذا كان المراد منه في عرفهم يوهم أن لا يكون الاقتضاء الذى هو القبض معنى التقاضى في الوضع واللغة بل كان معناه في العرف مع أن الامر ليس كذلك كما صرح به المصنف في باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة حيث قال الوكيل بالتقاضى يملك القبض على أصل الرواية لانه في معناه وضع الا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع انتهى ويدل على كون معناه ذلك في الوضع ما ذكر في كتب اللغة قال في القاموس تقاضاه الدين قبضه منه وقال في الاساس تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حتى أى أخذه انتهى ثم أقول في الجواب ليس مراد المصنف هنا بقوله كذا كان المراد منه في عرفهم ثم نرى كونه كذلك في اللغة والوضع بل بيان أن عرفهم يطابق اللغة والوضع وفائده دفع توهم أن يقال كون معنى التقاضى الاقتضاء في الوضع غير كاف لان العرف قاض على الوضع أى راجع عليه فان قلت بقي المخالفة حينئذ بين كلام المصنف هنا وبين كلامه هناك الا أن العرف بخلافه قلت مراد المصنف هنا أن المراد منه كان كذا في عرف المجتهدين ومراده هناك أن العرف بخلافه في زماننا أو في ديارنا ولا غرو في اختلاف العرفين بحسب اختلاف الزمانين والمكانين ويؤيده أن صاحب المحيط قال في كتاب الوكالة الوكيل بالتقاضى يملك القبض عند علمائنا الثلاثة كما ذكره محمد في الاصل ثم قال وذكر الشيخ الامام الزاهد بن نضر الاسلام البزدوى في شرح هذا الكتاب أن الوكيل بالتقاضى في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا وجهل التقاضى مستعملا

وقوله (ولو أوصى إلى كل واحد منهم ما على الانفراد) ذكرناه في مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قول منهما وقوله (فإن مات أحدهما) متصل بأول الكلام وقوله (ولو أن الميت من أوصى إلى الحي) ظاهر وقوله (والى الجدي في النفس) يعني إذا مات الأب كان ولاية تزويج الصغار والصغار واستيفاء القصاص له فكذا الوصي فيما انتقل إليه لانه خلف عن الأول وباعتبار هذه الخلافة يجعل الأول قائما حكا والخلف يعمل عمل الأصل عند عدم الأصل وقوله (وعند الموت كان له ولاية) أي عند موت الموصي كان للوصي ولاية في التركيب أي في تركه نفسه مما تركه باعتبار ما يؤول إليه وتركة موصيه أما في تركه فباعتبار أنه ملكه وأما في تركه موصيه فباعتبار الوصاية إليه فينزل الثاني منزله (٤٩٦) فيهما وقوله (فلا يرضى بتوكيل غيره) أي لا يرضى الموكل بأن يوكل وكيله

غيره أو يوصي إلى غيره قال (ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة) رجل أوصى إلى رجل وأوصى لرجل آخر بثلث ماله وله ورثة صغار أو كبار غيب فقسام الوصي الموصى له نائباً عن الورثة وأعطاه الثلث وأمسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة في المنقول والعقار إن كانوا صغارا وفي المنقول إن كانوا كبارا حتى لو هلك حصه الورثة في يده لم يرجع الورثة على الموصي له بشئ وأما إن كان الوارث كبيرا حاضرا وصاحب الوصية نائباً فقسام الوصي مع الوارث عن الموصي له فأعطى الورثة حقهم وأمسك الثلث للموصي له لم تنفذ القسمة على الموصي له صغرا كان أو كبيرا حاضرا أو غائبا في المنقول والعقار جميعا حتى لو هلك في يد الوصي ما أفسرزه كان

ولانه في معنى المبادلة لاسمائه عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو أوصى إلى كل واحد على الانفراد قبل ينفرد كل واحد منهم بالتصرف بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما أفرد في مرضي رأى الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد وهو الأصح لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات أحدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر أما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي إليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند أبي يوسف الحي منه ما وان كان يقدر على التصرف فالموصى فصد أن يخلفه متصرفا في حقوقه وذلك يمكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الميت ولو أن الميت من أوصى إلى الحي فله أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصي آخر لان رأى الميت باق حكا رأى من يخلفه وعن أبي حنيفة انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي مريض يتصرفه وحده بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره لانه ينفذ تصرفه رأى المتي كما رضى المتوفي وإذا مات الوصي وأوصى إلى آخر فهو موصيه في تركته وتركة الميت الأول عندنا وقال الشافعي لا يكون وصيا في تركه الميت الأول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحياة والجامع بينهما أنه رضى برأيه لا برأى غيره ولنا أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة إليه فيملك الإيصاء إلى غيره كالجد ألا يرى أن الولاية التي كانت نائبة للموصي تنتقل إلى الوصي في المال وإلى الجسد في النفس ثم الجسد قائم مقام الأب فيما انتقل إليه فكذا الوصي وهذا لان الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية في التركيب فينزل الثاني منزله فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه قد تغتريه المنية قبل تنميق مقصوده بنفسه وهو تلافى ما فرط منه صار راضيا بإيصائه إلى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والإيصاء إليه قال (ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمة الورثة عن الموصي له باطلة) لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به وبصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة الميت أيضا فيكون خصما عن الوارث إذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له أن يشارك الموصي له أما الموصي له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديده ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير

في المطالبة مجازا لانه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة انتهى تدبر تفهم (قوله ولانه في معنى المبادلة لاسمائه عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية) أقول لقائل أن يقول ان كان الاقتضاء في معنى المبادلة كان القضاء أيضا في معنى المبادلة ضرورة أن المبادلة إنما تتحقق من

له أن يرجع على الورثة بثلث ما في أيديهم والفرق بين المنقول والعقار أن الورثة إذا كانوا صغارا كان للوصي بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعا أما إذا كانوا كبارا فليس له بيع العقار عليهم وله ولاية بيع المنقول فكذا القسمة لانها نوع بيع ووجه المسئلة ما ذكره في الكتاب وحاصله أن الورثة والوصي كلاهما خائف عن الميت فيجوز أن يكون الوصي خصما عنهم وقائما مقامهم وأما الموصي له فليس بخليفة عن الميت بكل وجه فلا يكون بينه وبين الوصي مناسبة حتى يكون خصما عنه وقائما مقامه في نفوذ القسمة عليه (وقوله حتى يرد بالعيب) أي فيما اشتراه المورث (ويرد عليه) أي فيما باعه المورث وبصير مغرورا بشراء المورث فانه إذا اشترى جارية فمات ثم استولدها الوارث ثم استحققت الجارية فانه يرجع على بائع الميت ولو لم يكن خليفة لما رجع كما لو باعها المورث من آخر والمسئلة بحالها فان المشتري يرجع على بائعه دون بائع بائعه لانه ليس بخليفة عن بائعه حتى يكون مغروره كغروره

(وقوله غير أن الوصى لا يضمن) جواب سؤال تقديره اذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع وهلك المال بعد ذلك الفعل الذي هو غير مشروع فيجب الضمان كالتعدي على المال واستهلكه ووجهه (٤٩٧) الجواب ما قال لانه أمين فيه وله ولاية الحفظ

في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة الخ وفيه إشارة الى أنه لا ضمان عليه اذا كان ما أفرزه للورثة في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك أما وسلمه اليهم فالوصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية فان قاسم الورثة كان معلوما من سياق كلامه ولكن ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير (وقوله لما بينا) إشارة الى قوله لان القسمة لم تنفذ عليه (قال وان كان الميت أوصى بحصة الخ) رجل مات وترك أربعة آلاف درهم وأوصى أن يحج عنه وكان مقدار الحج ألف درهم فأخذ الوصى ألفا ودفعها الى الذي يحج عنه فسرفت في الطريق قال أبو حنيفة يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو ألف درهم فان سرفت ثانياً يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى هكذا قال أبو يوسف يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم فان سرفت ثانياً لا يؤخذ مرة أخرى وقال محمد اذا سرفت الألف الأولى بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة أخرى ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح

مغرور ابشر الموصى فلا يكون الوصى خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما أفرزه عند الوصى كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير أن الوصى لا يضمن لانه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيستوى ما تولى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة قال (فان قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي) لما بينا (وان كان الميت أوصى بحصة فقاسم في الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع في يده) وقال أبو يوسف ان كان مستغرا للثلث لم يرجع بشئ والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشئ لان القسمة حق الموصى ولو أفرز الموصى بنفسه ما لا يرجع عنه فهلك لا يلزمه شئ وبطلت الوصية فكذا اذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه ولا ييوسف أن محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لغوات محلها ولا يي حنيفة ان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونها وصار كما الجانبين واذا كان أحدهما مقتضيا كان الآخر قاضيا البتة فيلزم أن يكون القضاء أيضا من باب الولاية مع أن المصنف صرح بخلافه فيما قبل (قوله غير أن الوصى لا يضمن لانه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة) قال صاحب العناية فيه إشارة الى أنه لا ضمان عليه اذا كان ما أفرزه للورثة في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك أما وسلمه اليهم فالوصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية الى هنا لفظ العناية أقول فيه خلل لان مقتضى تحريريه أن يثبت للوصى له الخيار بين تضمين القابض وتضمين الدافع فيما اذا سلم الوصى ما أفرزه للورثة اليهم على الاطلاق أي سواء كان ما سلمه اليهم باقيا في أيديهم أم وهالكوا وبست المسئلة كذلك لافي النهاية ولا في غيرها فانه قال في النهاية ثم ان كان ما أعطاه الوصى للورثة باقيا في أيديهم لم كان للوصى له الرجوع عليهم بقدر نصيبه وهو ثلث ما أعطاهم وان كان هالكاً كان الموصى له بالخيار في تضمين الحصة التي دفعها الوصى الى الورثة ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع فان لم يكن دفع حصة الورثة اليهم حتى هلك الكل في يد الوصى لم يكن للوصى له أن يضمن الوصى شياً لبقاء حكم الأمانة في المال فكذا في هلاك قدر نصيبه الى هذا أشار الامام المحبوبي الى هنا لفظ النهاية وقال في المحيط البرهاني فان هلك حصة الموصى له في يد الوصى وبقي نصيب الورثة ~~كان~~ كان للوصى له أن يأخذ ثلث ما بقي في يد الورثة وان هلك حصة الورثة في يد الورثة وهلك حصة الموصى له في يد الوصى أيضا فاهلك في يد الورثة من حصة الموصى له فالوصى له بالخيار ان شاء ضمن الوصى وان شاء ضمن الوارث انتهى (قوله وان كان الميت أوصى بحصة فقاسم الورثة فهلك ما في يده الخ) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل وان كان الميت أوصى بحصة فقاسم الورثة أي قاسم الوصى الورثة فهلك ما في يده أي ما في يد الحاج فالوصى والحاج مدلول عليهما غير مذكور بهما واقفي أثره صاحب معراج الدراية أقول ليس هذا الشرح بصحيح اذ لو رجع ضمير ما في يده الى الحاج فصار المعنى فهلك ما في يد الحاج كما صرح به الشارح ان المذكور ان لم يكن قوله فيما بعد وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده مستدر كما محضا كما لا يخفى والصواب أن ضمير ما في يده في قوله فهلك ما في يده راجع الى الوصى فينشد بانتظام المعنى ولا يلزم الاستدراك في قوله الا تى كما ترى (قوله وقال محمد لا يرجع بشئ لان القسمة حق الموصى ولو أفرز الموصى بنفسه ما لا يرجع عنه فهلك لا يلزمه شئ وبطلت الوصية فكذلك اذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه) قال بعض المتأخرين قلت هذا قياس مع الفارق لان الموصى غير

(٦٣ - تكمله ثامن) (قوله وفيه إشارة الى أنه لا ضمان عليه اذا كان ما أفرزه للورثة في يده) أقول لا يقال هذا بخلاف لما ذكره سابقا من قوله فأعطى الورثة حقهم لانه يندفع بآدنى تأمل

وقوله (ومن أوصى بثلث ألف درهم) واضح على ما ذكره في الكتاب وذكر الامام المحبوبي أن هذا الجواب فيما إذا كانت التركة مما يكال أو يوزن لأن القسمة فيه تميز لا مبادلة حتى ينفرد أحد الشرى بكن من غير قضاء ولا رضا ويجوز لأحدهما أن يبيع نصيبه مما يحسنه على ما قام عليه من الثمن فأما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لأن القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز فكذلك قسمته قلت وضع المسئلة في الدراهم لعله إشارة إلى ذلك فأنهما يوزن وقوله (وإذا باع الوصي عبدا من التركة) ذكره للفرق بينهما وبين ما إذا باع المولى أو وصيه عبده المأنون المديون بغير محضر من غرماء العبد فان ذلك لا يجوز لأن لغريم العبد هناك

(٤٩٨)

حقيق استسعاء العبد وبعده البيع لا يبقى فكان في البيع إبطال حق إذا هلك قبل القسمة فيجوز بثلث ما بقي ولأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة إذا قابض لها فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلأ كه قبلها قال (ومن أوصى بثلث ألف درهم فقد فعها للورثة إلى القاضي فقسها الوصي له غائب فقسمة جائزة) لأن الوصية صحيحة ولهذا الوصية له قبل قبول تصير الوصية ميراثا للورثة والقاضي نصب ناظر الاسم في حق المولى والغيب ومن النظر أفرار نصب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال (وإذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز) لأن الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وإن كان في مرض موته فكذلك إذا تولاها من قام مقامه وهذا لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لأن الغرماء حق الاستسعاء وأما ههنا فخلافه قال (ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاء في يده فاستحق العبد ضمن الوصي) لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لأن المشتري منه ما رضى ببذل الثمن إلا يسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضا فيجب عليه رده قال (ويرجع فيما ترك الميت) لأنه عامل له فيرجع عليه كالمكيل وكان أبو حنيفة يقول أولا لا يرجع لأنه ضمن بقبضه ثم يرجع إلى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد أنه يرجع في الثلث لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها وحل الوصية الثلث وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الغرور وذاك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لأن في الزامها القاضي تعطيل القضاء إذ يتحاشى عن تقلده هذه الأمانة حذرا عن لزوم الغرامة فتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لأنه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء

الغرماء فلا ينفذ بغير إجازتهم وأما ههنا فليس لغريم المولى حق في استسعاء العبد إنما حقه في استيفاء الدين من الثمن فلم يكن البيع مبطلا حق الغريم بل يكون محققا لأن حقه في الدراهم أو الدنانير لا في عين العبد وبالبيع يحصل وقوله (ولو تولى حيا بنفسه) يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء) يعني إذا باع بثمن قيمته وقوله (ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين) ظاهر وقوله (لأنه ضمنه بقبضه) أي لا يعمل آخر يكون للورثة لأن باستحقاق العبدتين بطلان الوصية فلم يكن عاملا للوصي ولا للورثة وقوله (لأن الرجوع بحكم الوصية) لأن البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية

ملزم بشئ إذا له الرجوع عن الوصية رأسا فلا يلزم من عدم لزوم شئ لهذا عدم لزومه لذلك انتهى أقول ليس هذا بشئ فإن الوصي وإن لم يكن ملزما بشئ في حال حياته إلا أنه تلزم وصيته بعد مماته فتنفذ من ثلث تركته البتة والمراد بما ذكر في دليل محمد هو أن الوصي لو أقرز بنفسه ما لا يبيع عنه فهلك ذلك المال لا يؤخذ بشئ من تركته بعد مماته بل تبطل وصيته أصلا وقد أفصح عنه صاحب الفاية حيث قال في تقريره وأما مذهب محمد فهو أن دفع الوصي بمنزلة دفع الميت ولو أن الميت هو الذي دفع قبل موته إلى رجل ما لا يبيع عنه فسرق المال لا يؤخذ من تركته مرة أخرى كذلك هذا انتهى فكان ذلك القائل فهم من ظاهر قول المصنف في تقرير دليل محمد لا يلزمه شئ أن يكون

فان

تنفذ من الثلث وقوله (أنه يرجع عليه بحكم الغرور) أي بحكم أن الميت غره

بقوله هذا ملكي فإنه لما أمره ببيعه والتصدق بثمنه كان قائلا هذا العبد ملكي فكان الوصي مغرورا من جهته فكان ذلك الضمان ديناً على الميت والدين يقضى من جميع التركة وقوله (وقد مر في كتاب القضاء) يعني في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو قوله وإذا باع القاضي أو أمينه عبدا للغرماء الخ

(قال المصنف لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه) أقول العهدة استحقاق حقوق تلزم بالعقد وفيل هي نفس العقد لأن العقد والعهد سواء والعهدة التبعية أيضا غير أن في حقوق العباد المقصود منها المال وفي حقوق الله تعالى المقصود استحقاق الأداء كذا في كشف البردوى وذكر في المغرب وقولهم عهدته على فلان فعلة بمعنى مفعول ومعناه ما أدرك فيه من درك فاصلاحه عليه

وقوله (فان كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشئ) أي لا على الورثة ولا على المساكين ان كان تصدق عليهم لان البيع لم يقع الا لبيت فصار كما اذا كان على الميت دين آخر وذكروا في الذخيرة محالا الى المنتقى أن الوصي يرجع على المساكين والقباس هكذا لان غنم تصرف الوصي عاد اليهم فالغرم يجب أن يكون عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير ووجه رواية الجامع الصغير أن الميت أصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والفقير يرجع له (وقوله فان قسم الوصي الميراث الخ) ظاهر وكذا قوله (واذا احتال الوصي بمال اليتيم) ولم يذكر ما اذا كان المحيل والمحال عليه سواء في المسئلة وذكر في الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ ومن لا يجوز له محتاج للفرق بينه وبين ماله باع الوصي مال اليتيم عند قيمته من (أجنبي فانه جائز على ما يجبيء) (٤٩٩)

والفرق أن البيع معاوضة من كل وجه والوصي يملكها اذا لم يكن فيها غبن فاحش فاما الحسالة فليست كذلك لحوازاها بالمسلم فيه وبرأس مال السلم ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدال المال بالمسلم فيه وبرأس المال وهو لا يصح واذا لم يكن مبادلة كانت كالهبة بشرط العوض والوصي لا يملكها من مال اليتيم عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فيجب أن يكون هذا أيضا على ذلك وقوله (ولا يجوز بيع الوصي) واضح ولم يذكر ما اذا اشترى الوصي من مال الصغير شيئا لنفسه أو باع من اليتيم شيئا من ماله هل يجوز أو لا ان كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف في إحدى الروايتين عنه

فان كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشئ كما اذا كان على الميت دين آخر قال (وان قسم الوصي الميراث فأصاب صغيرا من الورثة عيبا فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجوع في مال الصغير) لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتفاض القسمة باستحقاق ما أصابه قال (واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز) وهو أن يكون أملا اذا الولاية نظرية وان كان الاقل أملا لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال (ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله) لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف البيع لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتبار ما ينداد به والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الجهر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا في تقييد موضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من أهله (واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة) لان ذلك أحوط ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حيلة على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا قال (وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شئ الا في العقار) لان الاب يبيع ما سواه ولا يبيع فكذا وصيه فيه

المراد أنه لا يؤخذ من نفس الوصي شئ في حال حياته فوقع فيما وقع (قوله لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الجهر) قال صاحب العناية في حل هذا التعليل لانهم يتصرفون بحكم المالكية أي يتصرفون بأهليتهم لا بأمر المولى لان الاذن فك الجهر فلم يكن تصرفهم نيابة عن أحد انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله لان الاذن فك الجهر بان قال فيه بحث فان الكلام كان عاما للصبي المأذون والمكاتب انتهى أقول ليس هذا بوارد اذا لا شك أن المدعى كان عاما للصبي المأذون والمكاتب الا أن قوله لان الاذن فك الجهر يصلح أن يكون تعليلا في حقهم أيضا أما في حق الصبي المأذون فظاهر لان الاذن في حقه فك الجهر الثابت له بسبب صباه كما أن الاذن في حق العبد المأذون فك الجهر الثابت له بسبب رقه كما تقر في كتاب المأذون وأما في حق المكاتب فلانه وان لم يكن مأذونا صراحة الا أنه صار مأذونا في ضمن عقد الكتابة لا محالة فان أداه بدل الكتابة بدون ثبوت الاذن له في الكسب محال والاذن في الشرع فك الجهر واسقاط الحق لا غير عندنا كما مر في أول كتاب المأذون فلا غبار

وتفسير المنفعة الظاهرة أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر فصاعدا وعند محمد وعلى أظهر الروايتين عن أبي يوسف لا يجوز على كل حال (وقوله والصبي المأذون والعبد المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية) أي يتصرفون بأهليتهم لا بأمر المولى لان الاذن فك الجهر فلم يكن تصرفهم فيه نيابة عن أحد بخلاف الوصي على ما ذكر في الكتاب عملا بقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن قال (واذا كتب كتاب الشراء على وصي) هذا تعليم لكتاب الحقوق والشهود لئلا فيهم شهادة الزور وهو واضح وقوله (لما بينا) إشارة الى قوله لان ذلك أحوط وقوله (وبيع الوصي على الكبير الغائب) فيد بالكبير لان الورثة اذا كانوا صغارا جاز للوصي أن يبيع من تركه الميت (قوله لان الاذن فك الجهر) أقول فيه بحث فان الكلام كان عاما للصبي المأذون والمكاتب

العروض والعقار على جواب السلف كذا كرهنا من قبل سواء كانوا حاضرين أو غيبا وقال المتأخرون انما يجوز الوصي بيع عقار الصغير اذا كان على الميت دين لا وفعاله الامن عن العقار أو يكون للصغير حاجة لثمن العقار أو يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وقيد بالغيبة لانهم اذا كانوا حاضرا ليس للوصي التصرف في التركة أصلا لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع الى الورثة الا اذا كان على الميت دين أو وصى بوصية ولم يقبض الورثة الديون ولم ينفذ الوصية من مالهم فانه يبيع التركة كلها ان كان الدين محبطا أو بمقدار الدين ان لم يحط وله بيع ما زاد على الدين أيضا عند أبي حنيفة خلافا لهما وتنفذ الوصية بمقدار الثلث ولو باع لتنفيذها شيئا من التركة جاز بمقدارها بالاجماع وفي الزيادة خلاف المذكور في الدين وقوله (لان الاب يبي ماسواه) دليل المسئلة وهو واضح ولكن هذا المذكور حكم المسئلة اذا لم يكن على التركة دين مستغرق فان كان وهو مستغرق فله ان يبيع الجميع لانه لا يمكنه قضاء الديون الا بالبيع فكان مأمورا بالبيع من جهة الوصي وان كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق ومن العقار أيضا عند أبي حنيفة خلافا لهما قال في منع بيع الزيادة ان جوازها للحاجة ولا حاجة الى بيع الزائد فلا يجوز واستحسن أبو حنيفة فقال الولاية ههنا بسبب الوصاية وهي لا تجزأ فتثبت له الولاية في بيع البعض تثبت في الباقي ولان في بيع البعض اضرارا لتعيب الباقي

(٥٠٠)

الكبير ألا يرى أنه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة فان قلت قد علم حكم المسئلة اذا كانت الورثة كبارا بعبارة الكتاب واذا كانوا صغارا بمفهومه فما حكمها اذا كانوا صغارا وكبارا قلت حكمها ان الكبار اذا كانوا غيبا وخلت التركة عن دين ووصية فلا وصى ببيع المنقول بالاجماع وبيع حصة الصغار من العقار وأما بيع حصة الكبار منه فعلى الخلاف الذي

وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الا أنا استحسننا لما أنه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ أما العقار فحمن بنفسه قال (ولا يتجر في المال) لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال أبو يوسف ومحمد وصى الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصى الاب في الكبير الغائب وكذا وصى الام ووصى الم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم

في التعليل المزبور (قوله وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه يملكه الاب على الكبير) قال صاحب الكفاية قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير في صورة التناقض لقوله لان الاب يبي ماسواه ويتفصى عنه بأن الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية وملكه بجهة الحفظ والنظر انتهى أقول ما ذكره في وجه التفصى عن التناقض ليس بتمام لان الوصي أيضا لا يملك غير العقار على الكبير بالولاية الحقيقية بل انما يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر كما يدل عليه وجه الاستحسان المذكور في الكتاب فان كان معنى قول المصنف وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا أنه كان القياس أن لا يملكه الوصي بجهة الحفظ والنظر أيضا كما هو الظاهر من السياق والسباق لزم أن يكون معنى قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير أي لا يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر أيضا وهذا يناقض ما ذكره الشارح المزبور في وجه التفصى عن التناقض كما لا يخفى وان كان معنى ذلك كان القياس أن لا يملكه الوصي بالولاية الحقيقية وهو يشعر بأن يكون ذلك القياس متروكا مع أنه لم يترك قط اذ لم يقل أحد بأن الوصي يملكه على الكبير بالولاية

قال

مر وان اشتغلت بدين مستغرق يبيع المنقول والعقار جميعا وبغير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول

والعقار جميعا وفي الزيادة خلاف وان كانوا حاضرا وكانت التركة خالية عن الدين يبيع حصة الصغار من العقار بالاجماع وفي بيع حصة الكبار خلاف وان كانت مشغولة بدين مستغرق يبيع الكل وبغير مستغرق بقدره والزيادة على الخلاف وقوله (ولا يتجر في المال) ظاهر وقوله (وهذا الجواب في تركة هؤلاء) يعني الاخ والام والم وانما قيد بتركة هؤلاء لان وصي هؤلاء فيما تركه الاب ليس كوصي الاب في الكبير الغائب فان وصى الام لا يملك على الصغير يبيع ما ورثه الصغير عن أبيه العقار والمنقول في ذلك سواء لانه قائم مقام الام والام حال حياتها لا يملك يبيع ما ورثه الصغير المنقول والعقار المشغول بالدين والخالي عنه فكذلك وصيها وأما ما ورثه الصغير من الام فلو وصيها يبيع المنقول دون العقار لانه ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ دون العقار اذا لم يكن على التركة دين أو وصية أما اذا كان دين فان كان مستغرق فله بيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته لان بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين دخل تحت ولايته وان لم يكن مستغرقا يبيع بقدر الدين وأما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف المار وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصى الاخ والعم لانه كما لا ولاية للام على الصغير في المال فكذا لا ولاية للاخ والعم عليه

(قال المصنف وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه لا يملكه الاب على الكبير) أقول يناقض ظاهره لقوله لان الاب يبي ماسواه ويتفصى عنه بأن الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية وملكه بجهة الحفظ والنظر كذا في الكفاية ولا يوافق قوله ولا يليه

قال (والوصي أحق بحال الصغير من الجسد) وقال الشافعي الجسد أحق لان الشرع أقامه مقام الاب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة بمعنى فيقدم عليه كالأب نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بقيام الجديدي على أن تصرفه أنظر لبنيته من تصرف أبيه (فان لم يوص الاب فالجسد بمنزلة الاب) لانه أقرب الناس اليه وأشفقهم عليه حتى يملك الانكاح دون الوصي غير أنه يقدم عليه وصي الاب في التصرف لما بيناه

فصل في الشهادة قال (واذا شهد الوصيان أن الميت أوصى الى فلان معهم ما قالوا الشهادة باطله) لانهم مامتهم فيها لاثباتهم ما عينوا لانفسهم ما قال (الأن يدعيها المشهود له) وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي

الحقيقية فالوجه في تقرير هذا المحل ما ذكره الامام الزيلعي في التبيين حيث قال وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا ولا الاب كما لا يملكه على الكبير الحاضر الا أنه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا فيما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه أيسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع انتهى ثم ان بعض الفضلاء بعد أن نقل ما في الكفاية رده بوجه آخر حيث قال ولا يوافق قوله ولا يليه انتهى أقول هذا ساقط اذ لا نسلم أن قول المصنف فيما قبل ولا يليه لا يوافق ما في الكفاية من التوجيه فان معناه ولا يلي الاب العقار كما يلي غيره اذ في غيره حفظ ماله وهو يملك الحفظ وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا يليه وهذا لا ينافي ما في الكفاية بل يوافقه كما لا يخفى على ذي فطنة

فصل الشهادة في الوصية قال صاحب النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية أمرا مختصا بالوصية آخر ذكره لعدم عراقتها فيها انتهى واقتنى أثره صاحب العناية نقل عنه أقول ليس ذلك بسد لان الذي لا يختص بالوصية إنما هو مطلق الشهادة وأما الشهادة في الوصية فمختصة بها قطعاً فلا معنى لقوله لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً مختصاً بالوصية كما لا يخفى والظاهر في وجه التأخير ما ذكره صاحب الغاية حيث قال وإنما أخذ ذكر الشهادة في الوصية لكونها عارضة غير أصلية لان الأصل عدم العارض انتهى (قوله وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي) قال صاحب النهاية فان قيل اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى أن ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة اذا تمكنت التهمة فيه قلنا القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن الموصي اليهما متى شهد بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبر لنا في هذا المال الا بالثالث فأشبهه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا كذا ذكره الامام المحبوبي في باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير الى هنا لفظ النهاية واقتنى أثر ذلك جماعة من الشراح منهم صاحب العناية أقول كل من السؤال والجواب متطور فيه عندي أما السؤال فلا انجازه أصلاً فان الوصيين اللذين نصبهما الميت اذا كانا عاجزين عن القيام بالوصية فالقاضي أن يضم اليهما وصيا آخر بل ارب كما تقر في أوائل باب الوصي وما يملكه واذا لم يكونا عاجزين عنه ولكن سألا القاضي أن يضم اليهما الآخر ورضي به الا آخره أيضاً أن يضم اليهما الا آخر كما صرح به في كثير من الاعتبار وأشار اليه المصنف هنا بقوله أو ضم آخر اليهما برضاه قال تاج الشريعة في شرحه يعني لو سأل من القاضي أن يجعل هذا الرجل وصيا معهما برضاه فعلى القاضي أن يجيبهما في ذلك انتهى ثم ان هذا حال الضم الى الوصيين

وقوله (والوصي أحق بحال الصغير من الجسد) وقوله (لما بينا) إشارة الى قوله ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الاب اليه الخ

فصل في الشهادة

قال في النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً مختصاً بالوصية آخر ذكره لعدم عراقتها فيها وقوله (واذا شهد الوصيان) ظاهر وقوله (وجه الاستحسان الخ) اعترض عليه بأنه اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى أن ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة اذا تمكنت فيه الشبهة وأجيب بأن القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن الموصي اليهما متى شهد بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبر لنا في هذا المال الا بالثالث فأشبهه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا ومعنى قبول الشهادة اسقاط مؤنة التعيين والوصاية تثبت بنصب القاضي

وقوله (وكذلك الابنان) معناه اذا شهدا أن الميت أوصى الى رجل وهو ينكر لانهما يجبران الى أنفسهم ما تنصب حافظ للتركة (ولو شهدا) يعني الوصيين (لوارث صغير بشئ من مال الميت أو غيره فشهدا بباطلة) لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به قال (وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجزوا ان كان في غير مال الميت جاز) وهذا عند أبي حنيفة وقالوا ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث وتحقق التهمة

مطلقا أو ما فيها من فيه فيجب على القاضي أن يضم الثالث اليهما البتة وان بطلت شهادتهما كما نص عليه في عامة المعبرات منها التبيين فانه قال فيه فاذا ردت شهادتهما ضم القاضي اليهما الثالثان في ضمن شهادتهما اقرارا منهما بوصى آخر معهما للميت واقرارهما حجة على أنفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصارت حقهما بمنزلة المومات أحد الاوصياء الثلاثة ثم قال في بيان وجه الاستحسان في صورة قبول شهادتهما وجه الاستحسان أنه يجب على القاضي أن يضم اليهما الثالث على ما بينا نفاقي سقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا معهما بنصب القاضي اياه انتهى ومنها المحيط فانه قال فيه قال في الاصل واذا كذبهما المشهود عليه أدخلت معهما رجلا آخر سوى المشهود عليه من مشايخنا من قال ما ذكر أنه يدخل معهما الثالث قول أبي حنيفة ومحمد وأما عند أبي يوسف لا يدخل معهما الثالث ومنهم من يقول لا بل المذكور في الكتاب قولهم جميعا وهو الظاهر فانه لم يحد فيه خلافا وان صدقهما وقال لا قبل الوصية قال أدخلت معهما الثالث بخلاف ما لو قبل ثم أبي فانه لا يعمل رده واثبوه الى هنا لفظ المحيط وأما الجواب فلان قياس ما نحن فيه على ما لم يكن نعمة وصى بقوله وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا قياس مع الفارق اذ لا تهمة هناك وفيما نحن فيه تهمة كما بينوا أيضا القاضي يحتاج هناك الى نصب الوصى وهنا لا يحتاج اليه في زعم المجيب فأين هذا من ذلك ومجرد المشابهة في جهة لا يصح القياس كما لا يخفى ثم ان بعض المتأخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال فيه ان وجوب كون المضموم هذا المدعى أثر شهادة المتهم مع أنه لا تقبل شهادة المتهم فكيف يترتب عليها أثر انتهى أقول هذا ليس بشئ لان شهادة المتهم انما لا تقبل في اثبات حق شرعي واجبا به لا في اسقاط شئ كونه التعيين فيما نحن فيه فان شهادتهما تسقط عن القاضي مؤنة التعيين وان لم تثبت الوصاية كما أشار اليه المصنف بقوله فنسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي وكم من شئ يكون حجة في الدفع ولا يكون حجة في الاثبات كالاتصاف ونحوه فيجوز أن تكون شهادة المتهم أيضا كذلك فيترتب عليها أثر الدفع ولقد أفصح عنه صاحب الغاية هنا حيث قال وجه الاستحسان أن القاضي ملئ بنصب الوصى اذا كان طالبا والموت معروفا فلا يثبت القاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن وانما أسقطت عنه مؤنة التعيين ومثاله أن القرعة ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الانصاء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين انتهى (قوله وكذلك الابنان) قال الشراح قوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله والشهادة بباطلة أقول يعني أنه معطوف عليه بعد تقييده بالشرط كما قيل في عطف قوله تعالى ولا يستأخرون

(قوله معطوف على المستثنى منه وهو قوله والشهادة بباطلة) أقول يعني أنه معطوف عليه بعد تقييده بالشرط كما قيل في عطف قوله تعالى ولا يستأخرون

قال (وكذلك الابنان) معناه اذا شهدا أن الميت أوصى الى رجل وهو ينكر لانهما يجبران الى أنفسهم ما تنصب حافظ للتركة (ولو شهدا) يعني الوصيين (لوارث صغير بشئ من مال الميت أو غيره فشهدا بباطلة) لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به قال (وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجزوا ان كان في غير مال الميت جاز) وهذا عند أبي حنيفة وقالوا ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث وتحقق التهمة

مطلقا أو ما فيها من فيه فيجب على القاضي أن يضم الثالث اليهما البتة وان بطلت شهادتهما كما نص عليه في عامة المعبرات منها التبيين فانه قال فيه فاذا ردت شهادتهما ضم القاضي اليهما الثالثان في ضمن شهادتهما اقرارا منهما بوصى آخر معهما للميت واقرارهما حجة على أنفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصارت حقهما بمنزلة المومات أحد الاوصياء الثلاثة ثم قال في بيان وجه الاستحسان في صورة قبول شهادتهما وجه الاستحسان أنه يجب على القاضي أن يضم اليهما الثالث على ما بينا نفاقي سقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا معهما بنصب القاضي اياه انتهى ومنها المحيط فانه قال فيه قال في الاصل واذا كذبهما المشهود عليه أدخلت معهما رجلا آخر سوى المشهود عليه من مشايخنا من قال ما ذكر أنه يدخل معهما الثالث قول أبي حنيفة ومحمد وأما عند أبي يوسف لا يدخل معهما الثالث ومنهم من يقول لا بل المذكور في الكتاب قولهم جميعا وهو الظاهر فانه لم يحد فيه خلافا وان صدقهما وقال لا قبل الوصية قال أدخلت معهما الثالث بخلاف ما لو قبل ثم أبي فانه لا يعمل رده واثبوه الى هنا لفظ المحيط وأما الجواب فلان قياس ما نحن فيه على ما لم يكن نعمة وصى بقوله وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا قياس مع الفارق اذ لا تهمة هناك وفيما نحن فيه تهمة كما بينوا أيضا القاضي يحتاج هناك الى نصب الوصى وهنا لا يحتاج اليه في زعم المجيب فأين هذا من ذلك ومجرد المشابهة في جهة لا يصح القياس كما لا يخفى ثم ان بعض المتأخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال فيه ان وجوب كون المضموم هذا المدعى أثر شهادة المتهم مع أنه لا تقبل شهادة المتهم فكيف يترتب عليها أثر انتهى أقول هذا ليس بشئ لان شهادة المتهم انما لا تقبل في اثبات حق شرعي واجبا به لا في اسقاط شئ كونه التعيين فيما نحن فيه فان شهادتهما تسقط عن القاضي مؤنة التعيين وان لم تثبت الوصاية كما أشار اليه المصنف بقوله فنسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي وكم من شئ يكون حجة في الدفع ولا يكون حجة في الاثبات كالاتصاف ونحوه فيجوز أن تكون شهادة المتهم أيضا كذلك فيترتب عليها أثر الدفع ولقد أفصح عنه صاحب الغاية هنا حيث قال وجه الاستحسان أن القاضي ملئ بنصب الوصى اذا كان طالبا والموت معروفا فلا يثبت القاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن وانما أسقطت عنه مؤنة التعيين ومثاله أن القرعة ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الانصاء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين انتهى (قوله وكذلك الابنان) قال الشراح قوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله والشهادة بباطلة أقول يعني أنه معطوف عليه بعد تقييده بالشرط كما قيل في عطف قوله تعالى ولا يستأخرون

بمخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت أقامه مقام نفسه في تركته
لا في غيرها قال (واذا شهد رجلان رجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للاولين بعتل
ذلك جازت شهادتهما فان كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم لم تجز) وهذا قول أبي
حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تقبل في الدين أيضا وأبو حنيفة فيما ذكر الخصاص مع أبي يوسف
وعن أبي يوسف مثل قول محمد وجهه القبول أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا
شركة ولهذا الوترع أجني بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد أن الدين بالموت
يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا الواستوفي أحدهما حقه من التركة بشاركة الآخر فيه
فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحقت التهمة بخلاف حال حياة المدين لانه في الذمة لبقائها
لا في المال فلا تحقق الشركة قال (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بمجاريته وشهد المشهود
لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعده جازت الشهادة بالاتفاق) لانه لا شركة فلا تهمة (ولو شهدا أنه
أوصى لهذين الرجلين بثلاث ماله وشهد المشهود له ما أنه أوصى للشاهدين بثلاث ماله فالشهادة باطلة
وكذا اذا شهد الاولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعدد وشهد المشهود له ما أنه أوصى
للاولين بثلاث ماله فهي باطلة) لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة

تبطل في الصورة الاولى وتقبل في الصورة الثانية استحسانا وهذا جيد جدا فان جواب مسألة
شهادة الاثنين كجواب مسألة شهادة الوصيين في صورتين معا كما صرح به في عامة الكتب وأما اذا
جعل قوله وكذلك الاثنان معطوفا على المستثنى منه فقط يلزم أن تكون إحدى صورتين مسألة
شهادة الاثنين متروكة البيان في الكتاب بالكلية من غير ضرورة ولا يخفى ما فيه فالحق عندي أنه معطوف
على المجموع لا محالة (قوله بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان
الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها) أقول لقائل أن يقول هذا العمل يقتضي أن تجوز
شهادتهما لو ارث صغير أيضا في غير تركة الميت عند أبي حنيفة لجريانه بعينه هناك أيضا مع أن عدم
جواز شهادتهما لو ارث صغير بشئ من تركة الميت وغيرهما متفق عليه كما مر في الكتاب آنفا فليتامر
في الدفع (قوله واذا شهد رجلان رجلين على ميت إلى آخر الفصل) قال في العناية جنس هذه
المسائل أربعة أوجه الاول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو
الشهادة بالوصية بحجزة شائع من التركة كالشهادة بألف مرسلة أو بثلاث المال والثالث ما اتفقوا
على جوازه وهو أن يشهدا لرجلين بجارية ويشهد المشهود له ما للشاهدين بوصية بعدد والرابع
وهو المذكور في الكتاب آخرها هو أن يشهدا لرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة
أو بثلاث المال ومبني ذلك كله على تهمة الشركة فثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني
والرابع وما لم يثبت فيه التهمة قبلت كما في المثالين على ما ذكر في الكتاب وأما الوجه الاول فقد وقع
الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضا انتهى أقول تقسيم صاحب العناية وتقريره هنا مختل لانه ان أراد
بالأوجه الاقسام الكلية فهي ثلاثة لا غير أحدها ما اتفقوا على جوازه وثانيها ما اتفقوا على عدم
جوازه وثالثها ما اختلفوا فيه وما عده وجها رايها داخل في القسم الثاني لا محالة وان أراد بها الامثلة
فهي خمسة لا أربعة كما يدل عليه عبارة الكتاب فلا وجه لطمع الاثنين منها وجها واحدا على أن
قوله الاول ما اختلفوا فيه والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه والثالث ما اتفقوا على جوازه لا يساعد
كون مراده بالأوجه هو الامثلة بل يقتضي كون مراده بها هو الاقسام الكلية المذكورة كما لا يخفى ثم ان
صاحبي النهاية والكفاية وان ذهبوا أيضا الى كون الأوجه في جنس هذه المسائل الأربعة إلا أن تقريرهما
لا ينافي كون المراد بالأوجه هو الامثلة والمسائل دون الاقسام الكلية والاصول كما ينافيه تقرير

وأما الوجه الاول فقد وقع
الاختلاف فيه بناء على ذلك
أيضا فوجه القبول وهو
الذي ثبت عليه الامام محمد
ولم يطرأ أن الدين يجب في
الذمة وهي قابلة لحقوق
شتى فلا شركة ولهذا الوترع
أجني بقضاء دين أحدهما
ليس للآخر حق المشاركة
وجه الرد أن الدين بالموت
يتعلق بالتركة لخراب الذمة
به ولهذا الواستوفي أحدهما
حقه من التركة شاركة
الآخر فيه فكانت الشهادة
مثبتة حق الشركة فتحقت
التهمة بخلاف حال حياة
المدين لانه في الذمة
لبقائها لا في المال فلا
تحقق الشركة

﴿ كتاب الخنثى ﴾

﴿ فصل في بيانه ﴾ قال (واذا كان للولد فرج وذ كرفه وخنثى فان كان يبول من الذكـ كرفه هو

صاحب العناية فانهم ما ظافروا فيه وجنس هذه المسائل على أربعة أوجه في الوجه الاول تقبل الشهادة بالاجماع وهو أن يشهد الرجلان بوصية عين رجلين كالعبد ويشهد الموصى لهما الهذين الشاهدين بوصية عين أخرى كالجارية لانه لا شركة للشهود فيه فلا يمكن التهمة وفي الوجه الثاني لا تقبل بالاجماع وهو أن يشهد الرجلان بالوصية بمجرد شائع كالوصية بثلاث ماله ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أيضا وفي الوجه الثالث لا تقبل أيضا وهو أن يشهد الرجلان أن الميت أوصى الهذين الرجلين بعين كالعبد ويشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين الاولين بثلاث ماله لان الشهادة مثبتة للشركة وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين انتهى تدبر تفهم ثم ان الحق أن تثبت القسمة هنا كما فعله الفقيه أبو الميث في كتاب نكحت الوصايا حيث قال واذا شهد أربعة نفر شهد هذان الهذين وهذان الهذين على الميت فان هـ ذاء على ثلاثة أوجه في وجه تقبل شهادتهما بالاتفاق وفي وجه لا تقبل بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه ثم فصل كل وجه بأمثلته ودليله وكافضه شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد حيث قال وههنا ثلاثة فصول أحدها ما لا تقبل فيه الشهادة بالاتفاق والثاني ما تقبل فيه الشهادة بالاتفاق والثالث ما اختلفوا فيه وبين كل واحد منها تأمل

﴿ كتاب الخنثى ﴾

قال في النهاية لما فرغ من بيان أحكام من له آله واحدة في المبال من آاق النساء والرجال شرع في بيان أحكام من له آتان فيه وقدم ذكر الاول لما أن الواحد قبل الاثنين أولان الاول هو الاعم والاغلب وهذا كالتأدي فيه انتهى أقول فيه بحث أما أولان فلان ما ذكر في الكتب السالفة من الأحكام ليس بخصوص عين له آله واحدة بل يعمن من له آله واحدة ومن له آلتان ألا يرى أن الأحكام المارة في كتاب الوصايا مما لا جارية بأمرها في حق الخنثى أيضا وكذلك الحال في أحكام سائر الكتب المتقدمة كلها أو جلها فإما معنى قوله لما فرغ من بيان أحكام من له آله واحدة شرع في بيان أحكام من له آلتان وأما تأني فلان قوله شرع في بيان أحكام من له آلتان ليس بتمام إذ جعل المصنف لكتاب الخنثى فصلين ووضع الفصل الاول لبيانه والفصل الثاني لأحكامه حيث قال فصل في بيانه ثم قال فصل في أحكامه فهو في هذا الكتاب انما شرع حقيقة في بيان من له آلتان لا في بيان أحكامه وانما ذكر أحكامه في الفصل الثاني بعد أن ذكر بيان نفسه في الفصل الاول وان صرح أن يقال شرع في أحكامه أيضا تأويل ما فهم معنى تخصيص النروع بالتأني في قوله شرع في بيان حكم من له آلتان ويمكن التوجيه بعناية فتأمل وقال في العناية لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود انتهى أقول يتجه عليه أيضا ما ذكرناه أنفام من البحث الاول بل بعض البحث الثاني أيضا فتأمل وقال في غاية البيان آخر كتاب الخنثى لوقوعه نادر الان الاصل أن يكون لكل شخص آله واحدة أما آله الرجل وأما آله الأنثى واجتماع الآتين في شخص واحد في غاية الندرة ولكن قد يقع ذلك فيحتاج الى بيان حكمه فلاجل هذا ذكره وأخره عن سائر الكتب لندرة وقلة الاحتياج الى بيانه اه أقول هذا جيدا لقوله وقلة الاحتياج الى بيانه فان ما يكون نادر الوقوع وخلاف المعتاد يكون أحوج الى البيان لكونه بعيدا عن الأذهان موقوف فاحاله على أمر خفي وعن هذا قال في النهاية ومن محاسن أحكام الخنثى ترك الاهمال في البيان وان ندر وجوده في الا زمان

﴿ فصل في بيانه ﴾ قال صاحب العناية فان قبل الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار

﴿ كتاب الخنثى ﴾

﴿ فصل في بيانه ﴾

لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود ذكر في المغرب أن تركيب الخنثى يدل على لين وتكسر ومنه الخنثى وتخنث في كلامه فان قبل الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وههنا لم يتقدم شيء فاما وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة أن يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في أحكامه وما ذكرنا في فأنما هو في وقوعه في التفصيل لافي الاجال (قال واذا كان الخ) أي قال القدوري اذا كان للولد فرج وذ كرفه وخنثى والظاهر أن الواو الواقعة في أول الكلام للاستئناف وكلامه ظاهر

وغلام وان كان يبول من الفرج فهو أنثى) لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من أى عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو والاصل الصحيح والاخر بمنزلة العيب (وان بال منهما فالحكم للاسبق) لان ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الاصلى (وان كانا في السبق على السواء فلامعتبر بالكثرة عند أى حسنة وقال ينسب الى أكثرهما بولا) لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا أصليا ولان لاكثر حكم الكل في أصول الشرع فيسترجع بالكثرة وله أن كثرة الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال (واذا بلغ الخنثى وخرجت له حية أو وصل الى النساء فهو رجل) وكذا اذا احتمل كاحتمل الرجل أو كان له ندى مستولا من هذه من علامات الذكرا (ولو ظهر له ندى كندى المرأة أو نزل له لبن في ثديه أو حاض أو حبلى أو أمكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة) لان هذه من علامات النساء (وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل) وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

فصل في أحكامه قال رضي الله عنه الاصل في الخنثى المشكل أن يؤخذ فيه بالاحوط والاثوث في أمور الدين وأن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته قال (واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء) لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته

فوق مغاربة بينهما وهنالم يتقدم شئ فواجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة أن يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في أحكامه وما ذكرنا فانهما هو في وقوعه في التفصيل لافي الاجمال اه وقال بعض المتأخرين بعد نقل هذا السؤال والجواب ولك أن تقول انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها يستلزم انفصال الأخرى عن الأولى فاذا عرفت أن الثانية بالفصل كما هو المعتاد كان ذلك في قوة تعنون الأولى به أيضا وان لم يصرح به في العادة لكن صرح به هنا إشارة في أول الوهلة الى أن هنا فصلا آخر يذكر بعده وهو ما ذكره بقوله فصل في أحكامه فتأمل انتهى أقول هذا كلام خارج عن سنن السداد أما أولا فلا انفصل انما يذكر لقطع شئ من شئ آخر فمقدم عليه لا لقطعه من شئ آخر مطلقا وقد أشار اليه صاحب العناية بقوله وهنالم يتقدم شئ فواجه ذكر الفصل فاستلزام انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها انفصال الأخرى عن الأولى انما يقتضى تحقق معنى الانفصال مطلقا في الأولى لا لتحقيق الانفصال عما تقدم في الأولى أيضا كالا يخفى والفصل انما يذكر لقطع شئ من شئ آخر تقدم عليه فلا يتم التقريب وأما ثانيا فلا يكتفى بحصل بالتصريح بالفصل هنا الإشارة في أول الوهلة الى أن هنا فصلا آخر يذكر بعده وذكروا فصل لا يقتضى ذكر فصل آخر لا في اللغة ولا في العرف والالزام أن يقتضى ذكر فصل في أحكامه ذكر فصل آخر أيضا بعده ولم يذكر بعده فصل آخر قطعا وعن هذا تراهم يذكرون في كثير من المواضع فصلا واحدا ولا يذكرون بعده فصلا آخر أصلا

فصل في أحكامه لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة أحكام الخنثى المشكل لان غير المشكل اما أن يكون رجلا أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم ذكر في هذا الفصل أحكامه فقال (الاصل في الخنثى المشكل) ولم يقل المشككة لانه لما لم يعلم تذكرة وتأنينه والاصل هو الذكرا لان حواه خلفت من ضلع آدم اعتبره

فصل في أحكامه أى في أحكام الخنثى المشكل وهو الذى لم تظهر فيه احدى العلامات وتعارضت العلامات لان غير المشكل اما أن يكون رجلا أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم فيما مضى من الكتب على وجه التفصيل (قوله واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء) هذا لفظ القدورى في مختصره قال المصنف في تعليقه (لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته) أقول في تحريره هذا التعليل نوع خلل لان قوله ولا

اعادة الصلاة ولم يقل بالوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات أولى لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة موهوم فلا وهم أحب له أن يعيد الصلاة فان قيل الخسني اذا كان مرافقا فلا اعادة عليه وان أفسدها فان كان بالغاً فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكراً وجب الاعادة وان كان انثى لا يلزمه فتجب احتياطاً فما وجه قوله أحب الى أن يعيد أجيب بان مراده اذا كان مرافقاً فالاعادة مستحبة تخلفاً واعتياداً وما اذا كان بالغاً فالاعادة واجبة كذا في الذخيرة فعلى هذا التقدير تكون اعادة من على عينه ويساره وخلفه وبحذائه اذا قام في صف الرجال واجبة لكن ذكر في المبسوط أن المراد بالاعادة هو الاعادة على طريق الاستحباب لما بينا أن محاذاة الرجل المرأة في صفهم موهوم وقوله (وأحب البناء أن يصلي بقناع) يعني اذا كان مرافقاً وأما اذا بلغ بالسن فذاك واجب وقوله (وهو على الاستحباب) يعني اذا كان غير بالغ وأما اذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال والنساء فالاعادة واجبة وقوله (لانه يباح له لو كنه النظر اليه

(فان قام في صف النساء فأحب الى أن يعيد صلاته) لاحتمال أنه رجل (وان قام في صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذي عن عينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلاتهم احتياطاً) لاحتمال أنه امرأة قال (وأحب البناء أن يصلي بقناع) لانه يحتمل أنه امرأة (ويجلس في صلاته جلوس المرأة) لانه ان كان رجلاً فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروهاً لان الستر على النساء واجب ما أمكن (وان صلى بغير قناع أمرته أن يعيد) لاحتمال أنه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد أجزاءه (وتبتاع له أمة تختنه ان كان له مال) لانه يباح له لو كنه النظر اليه النساء عطف على الرجال في قوله فلا يتخلل الرجال وقوله فلا يتخلل الرجال متفرع على قوله لاحتمال أنه امرأة لانه معطوف فيلزم أن يكون قوله ولا النساء متفرعاً أيضاً على قوله لاحتمال أنه امرأة لان المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله فيصير الحاصل لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال ولا النساء ولا شك أنه لا معنى لتفرع عدم تخلله النساء على قوله لاحتمال أنه امرأة اذ لا تأثير لاحتمال أنه امرأة في عدم تخلله النساء بل مجرد احتمال أنه امرأة مما يجوز تخلله النساء وانما التأثير في عدم تخلله النساء لاحتمال أنه رجل وكان صاحب الكافي ذاق هذه البساعة فغير يحرم المصنف في التعليل حيث قال وان وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء فلا يتخلل الرجال حتى لا يفسد صلاتهم لاحتمال أنه امرأة ولا يتخلل النساء حتى تفسد صلاته لاحتمال أنه رجل انتهى (قوله فان قام في صف النساء فأحب الى أن يعيد صلاته لاحتمال أنه رجل) هذا لفظ محمد في الاصل قال جهود السراح انما قال باستحباب اعادة الصلاة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة موهوم فلا وهم أحب له أن يعيد الصلاة انتهى وعزاه في النهاية والكفاية الى المبسوط أقول فيه نظر اذ لا يذهب على ذي فطنة أن كون المفسد موهوماً لا يرفع وجوب اعادة الصلاة عند تقرر كون الاخذ بالاحتياط واجباً في باب العبادات كما صرحوا به فان الاحتياط يقتضي الاحتراز عن الموهوم أيضاً لظاهر عندى ما ذكر في الذخيرة ونقله السراح هنا عنها وهو أن قوله فأحب الى أن يعيد صلاته فيما اذا كان الخسني المشكل مرافقاً فان الاعادة مستحبة في حقه تخلفاً واعتياداً وأما اذا كان بالغاً فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكراً كان عليه الاعادة وان كان انثى لم تلزمه الاعادة فتجب الاعادة احتياطاً على ما هو الحكم في باب العبادات (قوله ويجلس في صلاته جلوس المرأة لانه ان كان رجلاً فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروهاً لان الستر على النساء واجب ما أمكن) أقول في هذا التعليل كلام وهو أنه ان أراد بقوله وهو جائز في الجملة أنه جائز بلا عذر فهو ممنوع بل مكروه وان أراد به أنه جائز بعذر كما صرح به في الكافي حيث قال وهو جائز في الجملة عند العذر وكما صرح به في المبسوط والذخيرة وبين وجه العذر هنا حيث قال لان الرجل يجلس كذلك عند العذر واشتبه الحال من أين الاعذار انتهى فهو مسلم لكن يرد حينئذ على قوله وان كان امرأة فقد ارتكب مكروهاً أن يقال ارتكب المكروه أيضاً جائز عند العذر واشتبه الحال من أين الاعذار فما الرجلان في جلوسه جلوس المرأة فتأمل في الدفع (قوله وتبتاع له أمة تختنه ان كان له مال لانه يباح له لو كنه النظر اليه رجلاً كان أو امرأة) قال صاحب النهاية هذا التعليل وان كان صحيحاً في حق الرجل ولكن هو فاسد في حق المرأة لان الامه لا يباح لها النظر الى مواضع العورة من سيدها مطلقاً لانه ذكر في استحباب المبسوط أن للامه أن تنظر الى مولاتها كالأجنبيات فعلم به هذا أنه لا تأثير للامه في اباحة النظر الى سيدها والاولى في التعليل هنا ما ذكره في المبسوط والذخيرة فقال لانه متى اشترى الولي جارية للخنثى فانه يملكها الخسني ثم ان كان

رجلا كان أو امرأة) قيل فيه نظرا له وان كان صحيحا في حق الرجل لكنه فاسد في حق المرأة لان الامة لا يباح لها التنظر الى مواضع العورة من سيدتها بل لها ان تنظر من مولاتها الى مالها ان تنظر اليه من الاجنبيات والصواب في التعليل وان كان انى فانه تنظر الجنس الى الجنس وهو احق منه الى خلاف الجنس فليس للملك تأثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها فان قيل فلوزوجه المولى امرأة بعهر يسير أغنته عن شراء الجارية بثمن كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقدير أجيب بأن محمد الم يقل ذلك لعدم التيقن بصحة النكاح ما لم يتبين أمره ومع هذا لو فعل كان صحيحا لان الخنثى ان كان امرأة فهذا تنظر الجنس الى الجنس والنكاح لغو وان كان ذكرا فهو تنظر المنكوحه الى زوجها (وقوله وبكره له في حياته لبس (٥٠٧)

(الحرير) قيل لا فائدة لقوله
لحياته فانه لا لبس بعد
المسوت وانما هو بالباس
فكان معناه مفهوما من
قوله لبس وهو مناقشة
سهلة لانه ليس كل ما يدكر
في السرا كيب يكون قيدا
للاخراج لجواز أن يكون
بعضها بيانا للواقع وانما
كره ذلك لان لبس الحرير
حرام على الرجال دون النساء
وحاله لم يتبين بعد فبوخذ
بالاحتياط فان الاجتناب
عن الحرام فرض والاقدام
على المباح مباح فيكره
اللبس حذرا عن الوقوع في
الحرام وقوله (وأن يتكشف
قدام الرجال أو قدام
النساء) يعني اذا كان
مرافقا والمراد بالانكشاف
هو أن يكون في ازار واحد
لا بدع موضع العورة لان
ذلك لا يحل لغير الانثى أيضا
وهذه المسئلة تدل على أن
نظر المرأة الى المرأة كنظر
الرجل الى ذوات محارمه
لا كنظر الرجل الى الرجل

رجلا كان أو امرأة ويكره أن يختنه رجل لانه عشاء انثى أو تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا (وان لم يكن له مال ابتاع له الامام امة من بيت المال) لانه أعد لنوائب المسلمين (فاذا اختنته باعها وردت عن بيت المال) لوقوع الاستغناء عنها (ويكره له في حياته لبس الحلي والحرير وأن يتكشف قدام الرجال أو قدام النساء)

الخنثى ذكر افهذه انظر المملوكة الى مالكمها وان كان الخنثى انثى فانه تنظر الجنس الى الجنس وانه مباح حالة العذر فعلم بهذا أن شراء الجارية له على تقدير أن يكون الخنثى انثى باعتبار أن نظر الجنس الى الجنس أخف من نظره الى خلاف الجنس لأن يكون للملك تأثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب الغاية بعد أن نقل اعتراض صاحب النهاية على تعليل المصنف وفيه نظر لان ذلك في حالة الاختيار لا في حالة العذر ولهذا الوأصاب المرأة قرح أو جرح في موضع لا يحصل التنظر اليه تدأويه المرأة وكذا تنظر القابلة الى فرج المرأة وقت الولادة يحصل فاداجاز النظر بالعذر فاقامة السنة أبيض عذر جاز لها أن تنظر الى فرجها انتهى أقول نظره ساقط اذ يشتر في جواز النظر بالمعذر الى موضع العورة من الامة المرأة والحرمة والمملوكة وغير المملوكة فلم يكن للملك تأثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها أصلا وتعليل المصنف بقوله لانه يباح لمملوكة النظر اليه رجلا كان أو امرأة يشعر لاحالة بتأثير الملك في اباحة النظر الى سيدتها كتأثيره في اباحة النظر الى سيدته فافهم ما قاله صاحب النهاية من أن هذا صحيح في حق الرجل فاسد في حق المرأة وعن هذا أمضاء جماعة من الشراح منهم صاحب العناية وقال صاحب الكافي في التعليل لانه يباح لمملوكة النظر الى ذكره ان كان رجلا (قوله وبكره له في حياته لبس الحلي والحرير) قال صاحب النهاية وليس في قيد قوله في حياته زيادة فائدة لان الحياة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص الكراهية لما أن بعد الموت لو وجد ذلك اللباس لا لبس والكراهية بعد الموت لللبس لا للبت وقد ائقني أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقصد صاحب العناية رد ذلك فقال بعد نقله وهو مناقشة سهلة لانه ليس كل ما يدكر في الترا كيب يكون قيد للاخراج لجواز أن يكون بعضها بيانا للواقع انتهى أقول ليس هذا بشئ لان حاصل دخل صاحب النهاية أن قوله في حياته قيد مستدرك لا فائدة فيه هنا لانها معناه مما ذكر فيما قبله وما بعده ولا يذهب عليه أن كونه بيانا للواقع لا يدفع استدراكه وعدم الفائدة في ذكره اذا كان الواقع مبينا بدونه فالوجه في الاعتذار عن ذكره ما ذكره هؤلاء الشراح أنفسهم حيث قالوا الا أن المصنف تبع في ذلك لفظ المسوط وانما وقع في لفظ المسوط ذلك لانه ذكر هذه المسئلة بعد ذكر تكفين الخنثى اذا مات فكان ذكر الحياة هناك لتبيين المقابلة لا للبعد انتهى (قوله وأن يتكشف قدام الرجال أو قدام النساء) قال جمهور الشراح وهذه المسئلة تدل على أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل

لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز له التكشف للنساء في ازار واحد

(قوله قيل فيه نظر الى قوله فليس للملك تأثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها) أقول نعم الامر كما قال وقد مر تفصيله في كتاب الكراهية في مسائل النظر الا أنه يمكن أن يجاب عنه بأن مراد المصنف من قوله لانه يباح للمملوكة النظر اليه رجلا كان أو امرأة اباحة النظر لسيدتها مطلقا وليست بالضرورة فيشذبه دفع الاشكال بالكلية (قوله يعني اذا كان مرافقا الى قوله لان ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضا) أقول اذا كان الكلام في المراهق فافعله لا يوصف بالحلل والحرمة

وقوله (وأن يخلو به) أي يكره أن يخلو به (غير محرم من رجل أو امرأة) لقوله صلى الله عليه وسلم ألا يخلون رجل بامرأة ليس منها سبيل فان نالهما الشيطان وأمره في ذلك محتمل نظر إلى حاله وقوله (لا أعلم في لباسه) يعني لاشتباه حاله وعدم المرجح وقول محمد ظاهر وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لان الحنف لا يثبت بالشك وقوله (وان قال بالقولين) يعني أن يقول كل عبد لي وكل أمة لي فهو حر وقوله (لانه ليس بمحمل) يعني أنه في الواقع ليس بمحمل عن أحد الحالين وقوله (لانه دعوى بخالف قضية الدليل) لانه يقتضي بقاء الاشكال وهو لا يعلم في ذلك من نفسه خلاف ما لم يلم به غيره وقوله (ينبغي أن يقبل انما قال بلفظ ينبغي لان حكمه غير مذكور فلم يتحقق به) وقوله لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء أي غسل الرجل (٥٠٨) المرأة وعكسه غير ثابت في الشرع فان لنظر إلى العورة حرام والحرمة لم تنكشف بالموت

الا أن نظر الجنس إلى الجنس أخف فلا حل الضرورة أيج نظر الجنس عند الغسل والمرأى كالبالغ في وجوب ستر عورته فان كان مشكلا لم يعرف له جنس فتعذر غسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فيم بالصبغ وهو نظير امرأة ماتت بين رجال أو عكسه فانه ييم بالصبغ مع الحرقه ان ييم الاجنبى وبغيرها ان كان ذارحـم محرم من الميت وينظر الميم إلى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز أن يكون امرأة ولا يشتري جارية للغسل كما كان يفعل للختان لانه بعد الموت لا يقبل المالكية فالشراء غير مفيد بخلاف الشراء للختان فانه في حال الحياة وله أهلية المالكية فيه وقوله (وضع الرجل مما يلي الامام والحنثي خلفه) يعني اعتبارا بحال الحياة لانه يقوم بين صف الرجال والنساء فكان في القرب من الامام بعد درجة فكذلك في حال المات والاصل فيه قوله صلى الله

وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة وان يسافر من غير محرم من الرجال) بوقيا عن احتمال المحرم (وان أحرم وقد رآه قال أبو يوسف لا أعلم في لباسه) لانه ان كان ذلك كرايكره له لبس الخيط وان كان أنثى يكرهه تركه (وقال محمد يلبس لباس المرأة) لان ترك لبس الخيط وهو امرأة أحسن من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ (ومن حلف بطلاق أو عتاق ان كان أول ولد نلديه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين أمر الخنثى) لان الحنف لا يثبت بالشك (ولو قال كل عبد لي حراً وقال كل أمة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره) لما قلنا (وان قال بالقولين جميعا اعتق) للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمحمل (وان قال الخنثى أفا رجل أو أفا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا) لانه دعوى بخالف قضية الدليل (وان لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله) لانه أعلم بحاله من غيره (وان مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة) لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمة وييم بالصبغ لتعذر الغسل (ولا يحضران كان مرأها غسلا رجل ولا امرأة) لاحتمال أنه ذكراً وأنثى (وان سجد قبره فهو أحب) لانه ان كان أنثى يقيم واجبا وان كان ذكراً فالتسجيرة لا تضره (واذا مات فصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الامام والحنثي خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل) لاحتمال أنه امرأة (ويقدم على المرأة) لاحتمال أنه رجل (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذرجعل الخنثى خلف الرجل) لاحتمال أنه امرأة

إلى ذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل لجاز للحنثي التكشف للنساء فانه ليس المراد من التكشف ابداء موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضا ولكن المراد أن يكون في ازار واحد انتهى وهكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد كما نقله صاحب الغاية أقول ليس هذا بنام عندي ادعى تفديركون نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى الرجل على ما هو الاصح من الروايتين كما نص عليه المصنف في كتاب الكراهية يصح الحكم على الخنثي المشكل بعدم جواز أن يتكشف للنساء أيضا بناء على رواية كون نظر المرأة إلى الرجل كنظر الرجل إلى ذوات محارمه كما ذكرها المصنف في كتاب الكراهية نقلا عن كتاب الخنثي من الاصل ادعى هذه الرواية لا يجوز له التكشف للنساء لاحتمال كونه رجلا كما لا يجوز له التكشف للرجال لاحتمال كونه امرأة فلم يكن في هذه المسئلة دلالة على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى الرجل لجواز أن يكون مبنيا كون نظر المرأة إلى الرجل كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كون نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه كما ذكره واتبعه (قوله وان لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله لانه أعلم بحاله من غيره) قال صاحب الغاية وفي هذا التعليل نظر لانه انما

عليه وسلم ليليني منكم أولوا الاحلام والنهي (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذرجعل الخنثى خلف الرجل) يعني يقدم (ويجعل الرجل إلى جانب القبلة لان جهتها أشرف فالرجل للتقريب إليه أولى وقد جاء في الحديث أنه صلى الله عليه وسلم أمر بتقديم أكثرهم

(قال المصنف لم يقبل قوله اذا كان مشكلا إلى قوله فان لم يكن مشكلا الخ) أقول يعني ان علم الاشكال أو لم يعلم الاشكال (قال المصنف لانه أعلم بحاله من غيره) أقول قال الاتقاني وفيه نظر لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى فلا حاجة إلى قوله بعد ذلك انتهى وجوابه أن المراد اذا لم يعلم كونه مشكلا كما أشرفنا إليه فافهم

أخذ القرآن جانب القبلة (ويجعل بينهما حاجز من صعيد) ليصير ذلك في حكم قبرين وقوله (وان جعل على السر برنعش المرأة) النعش شبه المحفة مشتبه يطبق على المرأة اذا وضعت على الجنائز وقد تقدم في كتاب الصلاة وقوله (وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث) فلا بذلك بأس لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة فالزيادة على الثلاثة في الكفن للرجل غير ضائرة كما في حال الحياة فان للرجل أن يلبس حال حياته أزيد على الثلاثة وأما اذا كان أنثى كان في الاقتصار على الثلاثة ترك السنة فان السنة في كفنها خمسة أثواب (قال ولومات أبوه وخلف ابنها) اعلم أن الشيخ بالحسن القدوري ذكر قول محمد مع أبي يوسف وكذلك أثبت المصنف في الكتاب وكذا ذكره الشيخ أبو نصر البغدادي وفي عامة الكتب ذكر قول محمد مع أبي حنيفة ولكن أبو يوسف ومحمد اختلفا في تخريج قول الشعبي في محمد فسر على وجه ولم يأخذه وأبو يوسف فسر على وجه ولم يأخذه وهو أن يجعل المسئلة على سبعة ثم يرجع عن ذلك وفسر على وجه آخر وهو نفس محمد بأن يجعل على اثني عشر وأخذه وكان قول أبي يوسف أولا كقول أبي حنيفة ومحمد فنقول على ما ذكر في الكتاب اذا مات أبو الخنثى وترك ابنا فالمال بينهما أثلاثا عند أبي حنيفة وللأب سهمان وللخنثى سهم وهو أنثى عنده في الميراث الا أن يتبين غير ذلك أي غير كونه أنثى لظهور إحدى علامات الذكور بلا معارض (٥٠٩) فينشد يعتبر ذكر او قال للخنثى نصف ميراث

ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبي وابن أبي ليلى والثوري وهو مذهب ابن عباس واختلفا في قياس قول الشعبي قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهما للأب سبعة وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة وللأب أربعة وللخنثى ثلاثة لان الأب يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الارباع لان الخنثى في حال ابن وفي حال بنت وللبنت في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون له ثلاثة ارباع نصيب ابن فيضرب

(ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى) لاحتمال أنه رجل (وان جعل على السر برنعش المرأة فهو أحب الى) لاحتمال أنه عورة (ويكفن كما تكفن الجارية وهو أحب الى) يعني يكفن في خمسة أثواب لانه اذا كان أنثى فقد أقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث ولا بأس بذلك (ولومات أبوه وخلف ابنها فالمال بينهما عند أبي حنيفة أثلاثا للأب سهمان وللخنثى سهم وهو أنثى عنده في الميراث الا أن يتبين غير ذلك) وقال للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبي واختلفا في قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهما للأب سبعة وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة للأب أربعة وللخنثى ثلاثة لان الأب يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلاثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب بأربعة فيكون سبعة ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما منصفين وان كان أنثى يكون المال بينهما أثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلاث وأقل ذلك ستة ففي حال يكون المال بينهما منصفين لكل واحد ثلاثة وفي حال يكون أثلاثا للخنثى سهمان والأب أربعة فهما سهمان للخنثى ثابتان يفيق في الشك فيتنصف فيكون له سهم الزائد فيتنصف فيكون له سهمان ونصف فان كسر فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللأب سبعة ولأبي حنيفة أن الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء

لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه إحدى العلامات فعند ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك انتهى أقول مدار هذا النظر على عدم فهم مراد المصنف فان مراده بقوله وان لم يكن مشكلا وان لم يعلم أنه مشكل لا علم أنه ليس بمشكل لان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكلا اذا كان قد علم أنه مشكل كما صرح به الشارح المذكور نقلا عن الحاكم الشهيد وبديل عليه أيضا قول المصنف في

مخرج الربع وهو أربعة في سهم وثلاثة ارباع سهم يحصل سبعة للخنثى ثلاثة وللأب أربعة ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكرا كان المال بينهما منصفين وان كان أنثى أثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلاث صحيح وأقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما منصفين لكل واحد ثلاثة أسهم وفي حال أثلاثا سهمان للخنثى وأربعة للأب فهما سهمان للخنثى ثابتان يفيق والشك فيتنصف فيكون له سهمان ونصف سهم ولزم الكسر النصف فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللأب سبعة وفي تأخير قول محمد اشارة من المصنف الى اختياره وذلك لان الكل متفقون على تقليل نصيبه ومذهب المصنف محمد أقل مما ذهب اليه أبو يوسف بسهم من أربعة وثمانين سهما وطريق معرفته أن تضرب السبعة في اثني عشر حيث لا موافقة بينهما ما يبلغ المجموع أربعة وثمانين ثم تضرب حصص من كان له شيء من السبعة في اثني عشر وحصص الخنثى منه ثلاثة فاضرب به في اثني عشر يبلغ ستة وثلاثين واضرب حصص من كان له شيء من اثني عشر في السبعة وللخنثى منه خمسة فاضرب به في سبعة يكون خمسة وثلاثين فظهر أن التفاوت بسهم من أربعة وثمانين كذا أفاده الامام جسد الدين (ولأبي حنيفة أن الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء) لانه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة أو الانوثة ولا شيء منهما معلوم واثبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشروع فلا بد من البناء على المتيقن

(و الاقل وهو ميراث الانثى متيقن به) فأوجبناه كما اذا كان اثباته بطريق آخر فانه يؤخذ بالمتيقن به دون المشكوك الى أن يقوم الدليل على الزائد فان من قال لقفلان على دراهم يحكم له بالثلاثة حتى يقوم الدليل على الزائد ليكون الاقل متيقنا به دون الزيادة لا يقال سبب استحقاق الميراث هو القرابة وهي ثابتة بيقين في الخنثى والجهة له وقعت في القسمة بقائه فلا يمنع الوجوب لا نأقول لبس الكلام في استحقاق أصل الميراث وانما هو في استحقاق المقدار وسببه المذكورة أو الاثوثة ولا شيء منهما متيقن به فيما نحن فيه وقوله (الا أن يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرًا) استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني أوجبنا للخنثى ميراث الانثى المتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب الذكر لان المال ابتداء لا يجب بالشك الا أن يصيب الخنثى أقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرًا حينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن يكون (٥١٠) زواجا أو أختا لأب وأم هي خنثى فان قدرنا الخنثى أنثى كابن الزوج النصف

واللام الثلث وللخنثى النصف والمسئلة من ستة وتعول الى ثمانية وان قدرناه ذكرًا كان له الباقي بعد نصف الزوج وثلث الام وهو السدس وهو أقل فقدرناه ذكرًا واذا ترك امرأه وأخوين لام وأختا لأب وأم هي خنثى للمرأة الربع وابني الاخياض الثلث فان قدرنا الخنثى أنثى تركت النصف تكون المسئلة من اثني عشر وتعول الى ثلاثة عشر لها ستة من ثلاثة عشر وان قدرناه ذكرًا كان له خمسة من اثني عشر وهو أقل فقدرناه ذكرًا ولو ماتت وترك زوجا واختا لأب وأم وخنثى لأب كان الزوج النصف والاخت لأب وأم النصف ولا شيء للخنثى وهذا معنى قول العلماء في تفسير قوله أقل النصيبين أسوأ الحالين وهو

والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فأنبئنا المتيقن قصر اعليه لان المال لا يجب بالشك وصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه بالمتيقن كذا هذا الا أن يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرًا حينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن تكون الورثة زوجا وأما واختا لأب وأم هي خنثى أو امرأة وأخوين لام وأختا لأب وأم هي خنثى فعندنا في الاولى للزوج النصف واللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمرأة الربع وللأخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه أقل النصيبين فيهما

تعليل ذلك لانه دعوى تخالف قضية الدليل فان تخالفه دعواه قضية الدليل انما يتصور فيما اذا كان قد علم انه مشكل فاذا كان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكلا اذا كان قد علم انه مشكل يكون معنى قوله هنا وان لم يكن مشكلا وان لم يعلم انه مشكل لانه هو المقابل لما قبله فيسقط النظر قطعا اذ لا يلزم من أن لا يعلم انه مشكل أن يعلم انه ليس بمشكل حتى يحكم بانه ذكر أو أنثى بلا حاجة الى قول نفسه بل يجوز أن لا يعلم انه مشكل أم لا بان لا يعلم ظهور احدى العلامات ولا عدم ظهورها حينئذ تتحقق الحاجة الى قول نفسه وهو مسئلة الكتاب هنا ومحل التعليل بقوله لانه أعلم بحاله من غيره فلا غبار فيه والعجب منه أنه بعد أن حسب معنى المقام ما يبتنى عليه نظره كيف أورد النظر على التعليل دون نفس المسئلة وهي أحق بوروده عليها على مدار فهمه معنى المقام بأن يقال لا معنى لهذه المسئلة لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بانه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك فمعنى قول المصنف وان لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله (قوله الا أن يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرًا) قال في العناية وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني أوجبنا للخنثى ميراث الانثى المتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب الذكر لان المال ابتداء لا يجب بالشك الا أن يصيب الخنثى أقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرًا حينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به انتهى أقول فيه نوع اختلال لان تفسيره مراد المصنف بقوله يعني أوجبنا للخنثى ميراث الانثى المتيقن الخ يقتضي أن يكون قول المصنف الا أن يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرًا استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن به قصر اعليه كما هو الظاهر والمصرح به في غاية البيان فيخالف هذا قوله في أول كلامه وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به تدبر

مسائل
مذهب عامة الصحابة فان قيل اذا كان الخنثى ممن يتوهم استنباط أمره في المآل كيف يكون حاله في الميراث ما ذكره المصنف في الكتاب قلت كانه أشار الى ذلك في أول البحث بقوله وهو أنثى عنده في الميراث الا أن يتبين غير ذلك يشير الى أن الثلثين في تلك المسئلة تدفع الى الابن والثلث الى الخنثى وعلى ذلك أكثرهم لان سبب استحقاق الابن لجمع المال معلوم وهو البنوة وانما ينتقص من ذلك المراجعة حق الغير وحيث جعلنا الخنثى أنثى ما رجع الا الى الثلث فبقي ما وراء ذلك مستحقا له وهل يؤخذ منه الكفيل قال بعض مشايخنا هو على الخلاف المعروف أن القاضي اذا دفع المال الى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيلا في قول أبي حنيفة وعندهما يحتاط في أخذ الكفيل منه وقال بعضهم يحتاط في أخذ الكفيل

(قوله استثناء من قوله وهو ميراث الانثى) أقول ينبغي أن يكون استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن لان المراد المتيقن المعهود وهو ميراث الانثى وانما قلنا ينبغي أن يكون الخ لانه أقرب وأبعد عن التكلف فتأمل

منه ههنا عندهم جميعا وانما يجوز او حنيفة هناك للجهول وههنا انما يأخذ الكفيل للعلوم وهو موطر بن مسنم يصون به القاضي قضاؤه ويظهر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فيأخذ من الابن كفيلا لذلك فان تبين أن الخنثى ذكر استند ذلك من أخيه وان تبين أنه أنثى فالمقبوض سالم للابن ومنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن وبوقف السدس الى أن تبين أمره لأن المستحق لهذا السدس منهم ما مجهول فوقف الى أن تبين (٥١١) المستحق كافي الحمل والمفقود والله أعلم

مسائل شتى

قال (واذا قرئ على الآخر كتاب وصيته فقبل له أنشهد عليك بما في هذا الكتاب فأومأ برأسه أي نعم أو كتب فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) وقال الشافعي يجوز في الوجهين لأن المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصل والعارض كالوحنسي والمتوحش من الاهلي في حق الذكاة والفرق لا يصح ما سار جهنم الله أن الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة معلومة وذلك في الآخر دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الآخر ولان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت أما الآخر فلا تفريط منه ولان العارض على شرف الزوال دون الاصل فلا ينقاسان وفي الآية عرقناه بالنص قال (واذا كان الآخر مكتبا أو يومي إيماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعناقه وبيعته وشرائه ويقتضيه ومنه ولا يحد ولا يحدله) أما الكتابة فلا تنها عن أي بمنزلة الخطاب بمن دنا ألا ترى أن النبي عليه السلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة ونارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وهو في حق الآخر أظهر وألزم

مسائل شتى

قد كانت عادة المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب ما شذذ كره في الابواب السالفة من المسائل استندرا كاللفائف و يترجون تلك المسائل بمسائل شتى أو بمسائل متفرقة أو بمسائل منتشرة فعمل المصنف ههنا أيضا كذلك جريا على عادتهم (قوله واذا قرئ على الآخر كتاب وصيته فقبل له أنشهد عليك بما في الكتاب فأومأ برأسه أي نعم أو كتب فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار فهو جائز) قال لسراج وانما قيد بقوله فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار لان ما يجبي عن الآخر ومعتقل اللسان على نوعين أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل أن يحرك رأسه عرضا والثاني ما يكون منه دلالة الاقرار بأن يحرك رأسه طولا اذا كان منه معهودا في نعم وقوله (ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) على بناء المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء اذا حبس عن الكلام ولم يقدر عليه وقوله (حتى لو امتد) أراد به سنة كذا ذكره الترمذي وروى عن أبي حنيفة أنه قال ان دامت العقلة الى وقت موته يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه بأنه عجز عن النطق بمعنى لا يرجي زواله فكان كالآخر قالوا وعليه

مسائل شتى

الفتوى وقوله (في الآية عرقناه بالنص) وهو ما روى عن رافع بن خديج أن بعيرا من ابل الصدقات نذفر ما رجل وسمى فقتله فقال عليه السلام ان لها أوبد كأوبد الوحش فإذا فعلت شيئا من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم به ذاتهم كقوله (ولا يحد) أي الآخر (اذا قذف بالاشارة أو الكتابة ولا يحدله) اذا كان مقذوبا وقوله (وهو) أي العجز (في حق الآخر) أظهر منه في حق الغائب لان الظاهر من حال الغائب الحضور والظاهر من حال الآخر عدم زوال خروجه فلما قبل الكتاب في حق الغائب في ثبوت الاحكام مع رجاء الحضور فلا ينقبل في حق الآخر مع اليأس عن زوال الخرس أولى

الفتوى وقوله (في الآية عرقناه بالنص) وهو ما روى عن رافع بن خديج أن بعيرا من ابل الصدقات نذفر ما رجل وسمى فقتله فقال عليه السلام ان لها أوبد كأوبد الوحش فإذا فعلت شيئا من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم به ذاتهم كقوله (ولا يحد) أي الآخر (اذا قذف بالاشارة أو الكتابة ولا يحدله) اذا كان مقذوبا وقوله (وهو) أي العجز (في حق الآخر) أظهر منه في حق الغائب لان الظاهر من حال الغائب الحضور والظاهر من حال الآخر عدم زوال خروجه فلما قبل الكتاب في حق الغائب في ثبوت الاحكام مع رجاء الحضور فلا ينقبل في حق الآخر مع اليأس عن زوال الخرس أولى

(قوله بأن يحرك رأسه طولا) أقول من فسوف الى تحت وأما عكسه فدلالة الانكار

وقوله (ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا
ثلاث مراتب مستبين) احتراز عن غير المستبين وهو الكتاب على الهواء وأما مرسوم أى معنون أى مصدر بالعنوان وهو أن يكتب في صدره من فلان إلى فلان وبما ذكرنا علم الاقسام الثلاثة والحكم في كل منها ما ذكره وقوله (ويتوى فيه) أى يطلب منه النية فيه وقوله (لأنه بمنزلة صريح الكناية) أى الكناية القولية كقوله أنت بائز وأمثاله وقوله (ولا تختص بلفظ دون لفظ) فإنه كما ثبت بالعربي ثبت بغيره (وقد ثبت بغير لفظ) أى بفعل يدل على القول كالتعاطى وقوله (ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك) أى لا يكون حجة (فيكون فيهما) أى في الاخرس والغائب الغير الاخرس روايتان

(قال المصنف ثم الفرق بين الحدود والقصاص الى قوله لان القصاص فيه معنى العوضيه لانه شرع جارا بخازان ثبتت مع الشبهة كسائر المعاوضات) أقول وقد صرح في أوائل الجانيات أن الشبهة تؤثر في سقوط القصاص

ثم

ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الاشجار ويتوى فيه لانه بمنزلة صريح الكناية فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم وأما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد ثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد أيضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى ولانها تندرج بالشبهات ولعله كان مصداقا للفاذ فلا يحد للشبهة ولا يحد أيضا بالاشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت بيان فيه شبهة ألا ترى أنهم لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضيه لانه شرع جارا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضيه فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكروا في كتاب الاقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيه ما روايتان

بل يدل على خلافه فان المدعى أن كتابة الاخرس حجة فيما سوى الحدود وليست بحجة في الحدود وهذا الدليل المذکور لا يدل على عدم كونها حجة في الحدود إذ لا فرق فيه بين الحدود وما سواها بل يدل على كونها حجة في الحدود أيضا اذا كانت مستبينة مرسومة باقتضاء قوله وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا فإنه اذا كان بمنزلة النطق في حق الحاضر أيضا لم يكن حجة ضرورية فينبغي أن يكون حجة في الحدود أيضا كما كان النطق حجة فيه أيضا فليست أملا في المخلص (قوله وأما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد) أقول لقائل أن يقول من هذه الاحكام الطلاق على ما صرح به في وضع المسئلة وهو من حقوق الله تعالى لان فيه تحریم الفرج وهو حق الله تعالى وله ذلك تشترط الدعوى في الشهادة عليه بالاتفاق كما تشترط في الشهادة على عتق الامة أيضا بالاتفاق بناء على ذلك كما صرحوا به فاطمة ومهر في الكتاب أيضا في باب عتق أحد العبدین من كتاب العتاق فان قلت ليس الطلاق من حقوق الله تعالى الصرفة بل فيه حق العبد أيضا يتعلق حق الزوجين به بخازان أن يكون مدار قول المصنف لانها من حقوق العباد على ذلك قلت مجرد تحقق حق العبد في شيء لا يكفي في كون اشارة الاخرس حجة فيه ألا ترى أن اشارة لا تكون حجة في حق حد القذف مع أن فيه حق العبد وهو دفع العار عن المقدوف كما أن فيه حق الله تعالى بل لا بد في كون اشارة حجة من أن يكون الحكم من حقوق العباد فقط أو مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى كالقصاص لا مما غلب فيه حق الله تعالى على حق العبد كحد القذف عند عامة علماءنا على ما عرف في موضعه وكون الطلاق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى من نوع كيف ولو كان كذلك لما قبلت الشهادة عليه بدون الدعوى فان الدعوى شرط في قبول الشهادة في حقوق العباد حتى ان مطالبة المقدوف بشرط في ثبوت حد القذف وان كان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا ولهذا لا يصح عفو المقدوف ولا يجوز الاعتراض عنه ولا يجري الارث فيه عندنا كما مر في الحدود وفاقا لما تقدم من عدم اشتراط الدعوى في ثبوت الطلاق لو كان حق العبد فيه غالباً على حق الله تعالى تفكر (قوله وهذا لان القصاص فيه معنى العوضيه لانه شرع جارا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضيه فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة) أقول فيه بحث أما أولا فلا لان ما ذكره هنا من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة مخالف لما صرح به فيما مر

ويحتمل

ومحتمل أن يكون مفارقا لذلك لأنه يمكن الوصول الى نطق الغائب في الجملة لقيام أهلية النطق ولا كذلك الاخرى لتعذر الوصول الى النطق الا في الممانعة ودلت المسئلة على أن الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رجهم الله أنه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بين ما فقال أشارا وكتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة أثر لم يوجد في الكتابة لما انه أقرب الى النطق من آثار الافلام فاستويا (وكذلك الذي صحت يوما أو يومين لعارض) لما بينا في المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة وقبل هذا تفسير لعنقل اللسان

في عدة مواقع منها كتاب الكفالة فانه قال فيه فلا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة لان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق ومنها كتاب الشهادات فانه قال فيه ولا تقبل في الحدود والقصاص شهادة النساء لان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندري بالشبهات ثم قال فيه في باب الشهادة على الشهادة الشهادة على الشهادة جائزة عندنا في كل حق لا يسقط بالشبهة ولا تقبل فيما يندري بالشبهات كالحدود والقصاص ومنها كتاب الوكالة فانه قال فيه ونجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق وكذا ما يفتاها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندري بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته ومنها كتاب الدعوى فانه قال فيه في باب اليمين ومن ادعى قصاصا على غيره فجدد استخفاف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لزمه الارش فيه ما لان النكول اقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص ويجب به المال ومنها كتاب الجنائيات فانه صرح فيه في مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة بل جعلها أصلا مؤثرا في سقوط القصاص وفرع عليه كثير من مسائل سقوط القصاص بتحقيق نوع من الشبهة في كل واحد منها كما لا يخفى على الناظر في تمام ذلك الكتاب وأما ما نافي فلا نفي في الخلاصة في قوله أما الحدود والخاصة لله تعالى فشرعت زواجر مستندرك بل محمل هنا فان حد القذف غير خالص لله تعالى بل فيه حق الله تعالى وحق العبد كما صرحوا به مع أنه أيضا زاجر لا يثبت بالشبهة ولا تكون اشارة الاخرى حجة فيه أيضا كما صرح به فيما مر آنفا فلا يتم التقريب بالنظر اليه على التقييد المزبور (قوله ودلت المسئلة على أن الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة الى قوله لانه جمع ههنا بين ما فقال أشارا وكتب) قال صاحب الغاية ولنساق في دعوى الجمع بينهما نظر لانه قال في الجامع الصغير واذا كان الاخرى يكتب أو يئى وكلمة أو لا حد الشبهتين لا للجمع على أنا نقول قال في الأصل وان كان الاخرى لا يكتب وكانت له اشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز فيعلم من اشارة رواية الأصل أن الاشارة من الاخرى لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لانه بين حكم اشارة الاخرى بشرط أن يكتب فافهم الى هنا لفظه أقول نظره ساقط جدا اذ ليس مراد المصنف بالجمع بينهما الجمع بينهما في كل مادة من مواد اعلام الاخرى بل مراده الجمع بينهما في جوار اعلام الاخرى مراده بأي واحد منهما ولا شك في دلالة كلمة أو على هذا المعنى لانه لا أحد الامرين بلا تعيين فاذا أتى الاخرى بأي واحد منهما على انفراده يتحقق الاتيان باحد الامرين ويجوز ذلك بحسب الشرع أي يقبل ويعمل به بموجب قول محمد في جواب هذه المسئلة فهو جائز وأما علاوته التي ذكرها بقوله على أنا نقول الخ فليست بشيء أيضا لان مراد المصنف دلالة مسئلة الجامع الصغير على استواء الاشارة والكتابة من الاخرى ومعنى قوله لانه جمع ههنا بين ما أنه جمع في الجامع الصغير بينهما كما صرح به الشارح المذكور حيث قال

وقوله (لانه) أي الاشارة على تأويل المذكور وقوله (لانه) أي محمد (جمع هنا) أي في الكتاب (بينهما) بقوله يكتب كتابا أو يئى ايماء وقوله (وفي الكتابة) زيادة بيان لم توجد في الاشارة لان فضل البيان في الكتابة معلوم حسا وعيانا حيث يفهم منه المقصود بلا شبهة بخلاف الاشارة فان فيها نوع ابهام (وفي الاشارة زيادة أثر لم توجد في الكتابة لانه) أي الاشارة (أقرب الى النطق من آثار الافلام) لان العلم بالكتابة انما يحصل بآثار الافلام وهي منفصلة عن آثار المتكلم وأما العلم بالحاصل بالاشارة فحاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارته بيده أو رأسه والمتصل بالمتكلم أقرب اليه من المنفصل عنه فكان أولى بالاعتبار وقوله (وكذا الذي صحت يوما أو يومين) عطف على قوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه أي لا يجوز اقراره بأن أو ما برأسه أي نعم أو كتب

قال (واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها أو كل وان كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل) وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار أما في حالة الضرورة يحل له تناول في جميع ذلك لان الميتة المتبقية تحل له في حالة الضرورة فالتى فتمثل أن تكون ذكبة أولى غير أنه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكبة في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة أكثر لان التحرى دليل ضرورى فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم المسروق والمغصوب ومع ذلك يباح تناول اعتمادا على الغالب وهذا

وقوله (واذا كانت الغنم مذبوحة الخ) ظاهر وطول بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرى ويصل في الذى يقع تحريمه أنه طاهر فقد جاوز التحرى هناك فيما اذا كان الثوب النجس والثوب الطاهر نصفين وفي الذكبة والميتة لم يجوز وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصل في بعضها ثم لا يعبد صلاته لانه مضطر الى الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويؤيده أن الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب نجس فان كان ثلاثة أرباعه نجسا وربعه طاهرا يصل فيه ولا يصل عريانا بالاجماع فلما جازت صلاته فيه وهو نجس يبين فلان يجوز التحرى حالة الاشتباه أولى انتهى أقول لا الشبهة شئ ولا الجواب عندي أما الاول فلان تجوز التحرى فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين انما هو في حالة الاضطرار بان لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به وعدم تجوزيه فيما اذا كانت الميتة والذكبة نصفين انما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وصرح به المصنف هنا بقوله وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار أما في حالة الضرورة يحل له تناول في جميع ذلك فلا توجه المماثلة بالفرق بين المسائلين رأسا لظهور اختلاف حكمي حالتى الاختيار والاضطرار قطعا وأما الثانى فلان ما ذكره لا يقتضى كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها لان جواز الصلاة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم إعادة الصلاة اذ ذلك انما هو في حالة الاضطرار كما أفصح عنه المجيب بقوله لانه مضطر الى الصلاة فيها وكون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك انما هو في حالة الاختيار كما تحققت في أن يثبت كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها مطلقا حتى يصلح أن يجعل مدار الفرق بين تينك المسائلين

في شرح قوله لانه جمع هنا بين ما أى جمع في الجامع الصغير بين الاشارة والكتابة ولا ريب أن هذا لا ينافى اشارة مسألة الاصل الى أن اشارة الاخرى لا تعتبر مع القدرة على الكتابة غاية الامر أن يكون في المسئلة روايتان ومثل ذلك كثير فان قلت فعلى هذا كيف يتم قول المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة فان ما ذهب اليه ذلك البعض من أصحابنا يكون حينئذ مبنيا على رواية الاصل فغامع في نسبة التوهم اليهم قلت مراد المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة أصلا أى في رواية ما ولى أن نقول يجوز أن يكون نسبة التوهم اليهم بالنظر الى الدراية دون الرواية تأمل (قوله واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها أو كل وان كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل) قال في العناية أخذنا من النهاية طول بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرى ويصل في الذى يقع تحريمه أنه طاهر فقد جاوز التحرى هناك فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكبة والميتة لم يجوز وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصل في بعضها ثم لا يعبد صلاته لانه مضطر الى الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويؤيده أن الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب نجس فان كان ثلاثة أرباعه نجسا وربعه طاهرا يصل فيه ولا يصل عريانا بالاجماع فلما جازت صلاته فيه وهو نجس يبين فلان يجوز التحرى حالة الاشتباه أولى انتهى أقول لا الشبهة شئ ولا الجواب عندي أما الاول فلان تجوز التحرى فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين انما هو في حالة الاضطرار بان لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به وعدم تجوزيه فيما اذا كانت الميتة والذكبة نصفين انما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وصرح به المصنف هنا بقوله وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار أما في حالة الضرورة يحل له تناول في جميع ذلك فلا توجه المماثلة بالفرق بين المسائلين رأسا لظهور اختلاف حكمي حالتى الاختيار والاضطرار قطعا وأما الثانى فلان ما ذكره لا يقتضى كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها لان جواز الصلاة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم إعادة الصلاة اذ ذلك انما هو في حالة الاضطرار كما أفصح عنه المجيب بقوله لانه مضطر الى الصلاة فيها وكون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك انما هو في حالة الاختيار كما تحققت في أن يثبت كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها مطلقا حتى يصلح أن يجعل مدار الفرق بين تينك المسائلين

لان القلبيل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع منه

فسقط اعتبار مدفع المخرج كقليل التجاسة وقليل

الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين

أو كانت المينة أغلب لانه لا ضرورة

فيه والله أعلم بالصواب واليه

المرجع والمآب

تم

كلها بحسنة كان له أن يصلي
في بعضها ثم لا يعيد صلاته
لانه مضطر الى الصلاة فيها
بخلاف ما نحن فيه من الغنم
ويؤيده أن الرجل اذا لم
يكن معه الاثوب نجس فان
كان ثلاثة أرباعه نجسا
وربعه طاهر يصلي فيه
ولا يصلي عريانا بالاجماع
فلما جازت صلاته فيه وهو
نجس يبقى فلا يجوز
بالتحريم حالة الاشتباه
أولى والله سبحانه
وتعالى
أعلم

(قال مؤلف الكتاب رحمه الله) هذا آخر ما تيسر لنا من شرح الهداية بتوفيق من الله وهدايه

الفتنه مع توزع الخاطر وتشتت البال من تراكم الهموم وكثرة البلبال وسميته

نتائج الأفكار في كشف الرموز والاسرار لاشتماله على ثلاثة آلاف من

النصرفات التي لم يسبقني اليها أحد من الثقات ذلك فضل الله يؤتيه

من يشاء فله الحمد والمنة وله الكبرياء ربنا آتينا في الدنيا حسنة

وفي الآخرة حسنة وقننا عذاب النار ربنا فاغفر

لنا ذنوبنا وكفر عنا سيئاتنا

وتوفنا مع الابرار وصلى الله

على سيدنا محمد وعلى

آله وصحبه

والانصار

تم

يقول المتوسل بجاء المصطفى الفقير إلى الله تعالى محمود مصطفى خادم

التصحيح بدار الطباعة العامرة ببولاق مصر القاهرة

الحمد لله الذي فقه في دينه من أهل الهداية من أراد به خيرا ولخطه بعين العناية وأجر له من فضله منوبة وأجرا والصلاة والسلام على أشرف الخلائق أفضل من بين الحق وأوضح الطرائق سيدنا محمد الذي فتح له القدير من المدن والقرى والبلاد وكل عسير وعلى آله وأصحابه الباذلين مهجهم في نصرته المتسكين بنهجه وسيرته وعلى التابعين لهم سيما المجتهدين الذين أسسوا الدين وأصلوا أقواعه وشيدوا مبانيه وعقلوا شوارده (أما بعد) فقد تم طبع الكتب الجليلة الشأن الواضحة المنار المشيدة الأركان الجامعة غرر الأحكام الشرعية والمباحث الدينية الفقهية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان رحمه الله وجعل متقلبه فسح الجنان وهي الهداية وشروحها التي تسر بتحققة هادوى الأبواب وتسلك بقارنها سبيل الصواب أسبغ الله على مؤلفيها غيث احسانه وأفاض عليهم شآبيب رضوانه وكان طبعها على ذمة كل من الفاضل الفطن النبيه جناب محمد بيك عبد الواحد الطوبى المحترم المكرم السيد ابراهيم أخيه التاجر في الكتب العربية بمصر القاهرة المعزية لازال طاوفا رين بالاماني رافلين في حلل الثماني في ظل الحضرة الفخيمة الخديوية وعهد الطلعة المهيبة البهية من أفاض على رعيته غيث الانعام وشملهم بنظر الرأفة والاكرام المحفوظ بالسبع الثاني أفندينا عباس باشا حلي الثاني لازال مسرورا للفؤاد بولي عهده شمس سماء مجده وسعده ملحوظا هذا الطبع الباهي والرونق الجميل الزاهي ينتظر من عليه جيل أخلاقه ينقضي حضرة وكيل المطبعة محمد بك حسني وكان تمام طبعه وانجلاء بديره وكما لينعه بالمطبعة العامرة ببولاق الطائر صيتها في سائر الآفاق في أوائل شهر رمضان من عام ثمانية عشر بعد ثلثمائة وألف من هجرة من خلفه الله على أكل وصف عليه أفضل الصلاة وأتم السلام مالا حيدر تمام وفاح مسك ختام تم

وقرظته مؤرخا لتمام طبعه حضرة صديقنا الفاضل الكامل الاديب الارب

الشيخ طه محمود أحد فضلاء المصححين فقال

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله الذي خص بمزيد العناية من فقههم في الدين وجعل بأيديهم فتح أبواب الهداية للمستفتحين المستهدين والصلاة والسلام على أبي ابراهيم المبعوث به آية ابراهيم سيدنا محمد المؤيد من الذكر الحكيم بما فيه الكفاية للقلب العليم والفهم السليم وعلى آله وصحبه الباذلين نفوسهم في حبه (أما بعد) فان من حسنات الدهر ومحاسن هذا العصر تسهيل السبيل الى طبع هذا المطبوع الجليل الذي هو أحق مطبوع بأن تشد إليه

الرجال وأحسن مجموع تذهبي بتحصيله الآمال وكيف لا ومارأينا ولا نرى مثله ولا ما يقاربه في الجملة أكرم به مجموع مفردا وكتابا جاء بالبينات والهدى جمع من الكتب المعول عليها والاصول المرجوع اليها في مذهب هذا الامام العظيم أي حنيفة النعمان بؤا الله دار النعيم ما يغني الفقيه عن ملء الخزان وشحن السفائن وما يكون للفتى ضياء اذا أشكلت المسائل وللقاضى شفاء اذا أعضلت النوازل

فدع كل صوت دون صوتي فاني * أنا الصالح المحكي والآخر الصدى
فهو لعمر الله البغية المقصوده والصاله المنشوده التي طالما عزت على الطلاب وكانت أبعد من الشرباء على أولى الالباب أليس هو الكتاب الذي أيد الفروع بالاصول وعزز المنقول بالمعقول وبسط من تحقيق المذاهب ما أتاح المواهب وأزاح الغياهب فليس قاصر المزيه على السادة الحنفية بل يجد فيه غير الحنفية مطلبهم وقد علم كل أناس مشربهم وبالجملة فهو المطبوع الذي عظمت به النعمة وكان أعدل شاهد لمن سعى في طبعه بعلاوهمه وصدق القصد في نفع الامه وهو حضرة الهمام الكريم السيد عبد الواحد بك الطوبى وشقيقه السيد ابراهيم لازالت مقاصدهم اناجحه ونجارتهم اراجحه ولما تم طبعه انطلق لسان الحال بقرظته مؤرخا فقال

للحق أنصار أقاموا قاعدته دين النبي بهم رفيع القاعدته
جعلوا كتاب الله نصب عيونهم وقفوا مصادره هديه وموارده
وقضوا به حتى قضوا فأفادهم بعزازهم للشرع أعظم فائده
حاطوا الشريعة بالبراهين التي أضحت بهار يمح الضلالة را كده
لا تغتر برواج أحكام الهوى فرواجها عند العقول الكاسده
أنرى النبي أنى بشرع نافص والله أكمل له بنص المائده
فاسلم بدينك وارض بالحكم الذي شرع الاله ولا تمار معانده
أرايت مثل الشافعي ومالك وأبي حنيفة والسراة الماجده
عملا واخلاصا وبذل نصيحة للدار تبقى لا لدار بائده
وقفوا حياتهم على إحيائهم للناس أعلام الهدى ومعاهده
صلح الزمان بهم فكافوا ملحه ومضوا في العيش بصلح فاسده
تالله ما مالوا وذى آثارهم ضمنت لهم طيب الحياة الخالده
أوليس من آثارهم فتح به نلت الهداية بعد اذهى آبه
إن الهداية لهى خير مؤلف في الفقه لبنت الصلاب الجامده
وشروحها شرحت صدور أولى النهى لاسميا الفتح الجزيل العائده
فاشكر يد المجمل طبع ساعدت ما كل كف بالجليل مساعده
واحمد إلهك أن هدانا مؤرخا فتح القدير به الهداية رائده

١٨٨٤ ٣٤٥ ٧ ٤٥١ ٢٧

س ١٣١٨

كتبه الفقير اليه سبحانه
طه محمود بالطبعة
الاميرية

(فهرست الجزء الثامن من تكملة فتح القدير)

صفحة	كتاب القسم	صفحة
٢٢٠	كتاب القسم	٢
٢٢٤	فصل فيما يقسم وما لا يقسم	١٠
٢٣٨	فصل في كيفية القسم	١٤
٢٤٤	باب دعوى الغلط في القسم الخ	٢٠
٢٥٤	فصل واذا استحق بعض نصيب أحدهم	٢٣
٢٦٨	بعضه	
٢٧٠	فصل في المهايأة	٢٧
٢٨٢	كتاب المزارعة	٣٢
٢٩٢	كتاب المساقاة	٤٥
٢٩٧	كتاب الذبائح	٥٠
٣٠٠	فصل فيما يحل أكله وما لا يحل	٦١
٣٠٧	كتاب الاضحية	٦٥
٣١١	كتاب الكراهية	٧٩
٣١٥	فصل في الاكل والشرب	٨٠
٣٢٤	فصل في اللبس	٩١
٣٣٠	فصل في الوطء والنظر واللمس	٩٧
٣٤١	فصل في الاستبراء وغيره	١١٠
٣٤٤	فصل في البيع	١٢٢
٣٥٥	مسائل متفرقة	١٣٠
٣٦٨	كتاب احياء الموات	١٣٥
٣٧٦	فصول في مسائل الشرب	١٤٤
٣٧٨	فصل في كرى الانهار	١٤٦
في ذلك	كتاب الاشربة	١٥١
٣٨٣	فصل في طبخ العصير	١٦٧
٤٠٢	كتاب الصيد	١٦٩
٤١٥	فصل في الجوارح	١٧١
٤١٧	فصل في الرمي	١٨١
يستحب منه وما يكون رجوعا عنه	كتاب الرهن	١٨٨
باب الوصية بثلاث المال	باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به الخ	٢٠٣
فصل في اعتبار حالة الوصية الخ	فصل ومن رهن عبدا الف الخ	٢١٦

صحيحة	صحيحة
٤٨٩ باب الوصي وما عليه	٤٦١ باب العتق في مرض الموت
٥٠١ فصل في الشهادة	٤٦٧ فصل ومن أوصى بوصايا الخ
٥٠٤ كتاب الخنثى * فصل في بيانه	٤٧١ باب الوصية للأقارب وغيرهم
٥٠٥ فصل في أحكامه	٤٨٠ باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة
٥١١ مسائل شتى	٤٨٥ باب وصية الذمي

﴿ تمت ﴾